FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L'ŒUVRE
DE LA JURISPRUDENCE

en matière de régimes de communauté

THÉSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le vendredi 24 juin 1938, à 16 heures,

PAR

Jeanne-Marie ARMAND-LAROCHE

BORDEAUX
IMPRIMERIE DE L'ARGONNE
80 bis, Cours de l'Argonne

1938

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536524_0066

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L'ŒUVRE
DE LA JURISPRUDENCE

en matière de régimes de communauté

THÉSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le vendredi 24 juin 1938, à 16 heures,

PAR

Jeanne-Marie ARMAND-LAROCHE

BORDEAUX
IMPRIMERIE DE L'ARGONNE
80 bis, Cours de l'Argonne
—
1938

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

M. FERRON, ✻, O I., *Doyen honoraire.*

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. SAUVAIRE-JOURDAN, ✻, O I.; LESCURE, O I., ⚷.,
DE BOECK, ✻, O I.; NOAILLES, ✻, O I.; BENZACAR, ✻, O I.

MM. FERRADOU, ✻, O, I., *Doyen,* professeur d'*Histoire du droit,* chargé d'un cours de *Pandectes* (Diplôme d'études supérieures).

MARGAT, O I., professeur de *Droit civil,* chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).

BONNECASE, O I , professeur de *Droit civil,* chargé d'un cours de *Droit maritime* (3e année).

PALMADE, ✻, O A., ⚷, professeur de *Droit commercial.*

VIZIOZ, O I., professeur de *Procédure civile,* chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *Procédure civile et voies d'exécution.* (Capacité).

BONNARD, ✻ O I., ⚷, *Assesseur du Doyen.* professeur de *Droit administratif.* chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).

POPLAWSKI, ✻, O I., professeur de *Droit criminel,* chargé d'un cours de *Législation industrielle,* et d'un cours de *Droit criminel* (Capacité).

BOYÉ, ✻, O I., ⚷, professeur de *Droit romain.*

MOUNIER, O I., professeur d'*Économie politique,* chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques.* (Diplôme d'études supérieures).

BIBIÉ, ✻, ⚷, professeur de *Droit international public.*

RÉGLADE, O A., professeur de *Droit constitutionnel et administratif.*

GARRIGOU-LAGRANGE, O A., professeur d'*Économie politique* et *Science financière,* chargé d'un cours de *Législation coloniale* (3e année).

HUBRECHT, O I., professeur d'*Histoire du droit* (Doctorat), chargé d un cours de *Droit romain* (Licence, 2e année).

LABORDE LACOSTE, ✻, O I., professeur de *Droit civil,* chargé d'un cours de *Droit civil* (Capacitè) et d'un cours d'*Enregistrement.*

BRETHE DE LA GRESSAYE, O I., professeur à la Faculté de droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit commercial* (Licence). d'un conrs de *Droit civil approfondi* (Doctorat) et d'un cours de *Droit civil* (Capacité).

DE LAUBADÈRE, agrégé, chargé des cours de *Droit international public* (Licence et doctorat) et d'un cours de *Droit public* (Capacité).

BORDAZ, chargé de cours (*Économie politique*).

BERNARD, chargé de cours (*Droit romain*)

M. ARTIGUELONG, O A., *Secrétaire*
Mme COSTES, O I., *Secrétaire adjointe.*
Mme SOUBIE, O A., *Bibliothécaire.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. BONNECASE professeur ..... (*Président*
POPLAWSKI professeur .....)
BERNARD chargé de cours ..... (*Suffragants*

L'ŒUVRE DE LA JURISPRUDENCE

en matière de régimes de communauté

INTRODUCTION

I. — Il n'y a pas aujourd'hui de véritable étude juridique qui ne s'inspire largement de ce droit vivant, de ce droit dynamique pourrait-on dire, qu'est la jurisprudence.

Le rôle des tribunaux est double : d'une part ils appliquent la loi, l'interprètent. C'est leur fonction primordiale.

D'autre part ils doivent, dans une certaine mesure, suppléer aux textes, en se basant sur l'équité, les données de la nature permanente de l'homme et les aspirations du milieu social. L'article 4 du Code civil le dit formellement : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Sans doute, le juge ne peut faire œuvre de législateur, il lui est défendu « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises »; les tribunaux ne peuvent statuer que eu égard à l'espèce qui leur est soumise, mais par l'uniformité de leur jurisprudence ils montrent souvent au législa-

teur dans quel sens il doit réformer une loi devenue désuète ou élaborer un texte nouveau sur un point qui n'avait pas encore été prévu.

Autrefois déjà, Portalis considérait la jurisprudence comme un « supplément de législation » et il faut voir combien clairvoyante fut, dans le discours préliminaire sur le projet du Code civil, la description du rôle de la jurisprudence : « Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes si active, leurs intérêts sont si multipliés, leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout... C'est au magistrat et au jurisconsulte pénétrés de l'esprit général des lois à en diriger l'application. A défaut de textes précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps; mais à proprement parler on ne les fait pas. »

Cette fonction d'élaboration directe du droit positif prend de plus en plus d'importance. Les années qui suivirent la promulgation du Code civil furent dominées par les principe de l'Ecole de l'Exégèse nettement hostile à la jurisprudence — Les tribunaux durent se borner à appliquer les textes de loi et, lorsque ceux-ci étaient obscurs, rechercher l'intention du législateur — Les commentateurs du code Napoléon attribuaient une force d'expansion indéfinie à la loi et bornaient, en toute occurence, l'action de la jurisprudence à la découverte du sens de la loi.

Mais on s'aperçut bien vite que le législateur ne possédait pas un don de prévision sans limite, on fut obligé de reconnaître qu'aucun législateur n'a jamais tout prévu ni ne pouvait tout prévoir — Les représentants de l'Ecole scientifique contribuèrent, dans une grande part, à propager ces idées — Par suite de cette évolution d'idées on admit un nouveau principe d'interprétation des lois. Formule littérale du texte d'une part, et, d'autre part, but social poursuivi lors de l'élaboration de la loi, tels sont à l'heure

actuelle les deux facteurs à prendre en considération pour l'interprétation des lois. Le juge doit s'assurer que chacune de ses solutions correspond rigoureusement au but social caché sous le texte — Aucune possibilité d'arbitraire.

De plus, si la loi ainsi envisagée ne lui fournit pas la solution, il ne lui reste plus qu'à faire appel aux sources réelles, il sort du domaine de l'interprétation juridique, au sens strict, pour entrer dans celui de l'élaboration directe du droit positif. C'est ainsi que les notions d'enrichissement sans cause, d'abus des droits, d'imprévision, de personnalité morale, etc... se sont introduites dans la vie juridique actuelle.

II.— En ce qui *concerne les régimes matrimoniaux.* L'œuvre de la jurisprudence s'est manifestée d'une façon très efficace. Relativement au régime dotal elle créa la théorie de la dot incluse, de l'inaliénabilité de la dot mobilière, etc.

Il y eut aussi une véritable élaboration législative par la jurisprudence en matière de régimes de communauté, c'est ce qui fera l'objet de notre étude — Ici comme dans tous les autres domaines, l'action jurisprudentielle s'est manifestée et peut-être avec plus d'acuité encore que partout ailleurs, en raison même de la nature et de l'objet des règles qu'elle avait à interpréter — Notre Code vieux de plus d'un siècle aurait besoin d'une révision, car depuis son apparition, en particulier depuis la guerre, les idées ont considérablement évolué. Certains textes de notre Code ne sont plus du tout en harmonie avec les tendances contemporaines et les tendances féministes qui se développent de plus en plus. Les faits obligent le juge à adopter une ligne de conduite qui traduit mieux que toutes les théories les besoins de la pratique. Comme nous le verrons la jurisprudence est arrivée à faire à la femme une place plus considérable dans la communauté, à apporter à l'autorité maritale des limitations nouvelles, enfin à réduire singulièrement l'importance de la masse commune.

III. — Etant donnée l'ampleur de notre sujet, nous ne traiterons en détail que les problèmes les plus discutés sur lesquels la jurisprudence a eu à se prononcer le plus fréquemment par suite du silence, de l'obscurité des textes ou des fluctuations de la doctrine — Voici le plan que nous avons choisi :

Chapitre Premier : L'œuvre de la jurisprudence en matière de composition active des régimes de communauté.

Chapitre II : L'œuvre de la jurisprudence en matière d'administration de la communauté.

Chapitre III : L'œuvre de la jurisprudence relativement à la liquidation de la communauté.

Chapitre IV : L'œuvre de la jurisprudence en matière de partage de la communauté.

CHAPITRE PREMIER

L'ŒUVRE DE LA JURISPRUDENCE RELATIVEMENT A LA COMPOSITION DE LA MASSE COMMUNE SOUS LE RAPPORT DE L'ACTIF

I. Les régimes de communauté se caractérisent par l'existence d'une masse commune de biens placée entre les biens propres du mari et ceux de la femme, masse plus ou moins importante suivant l'étendue de la communauté.

De l'article 1401, il ressort que, sous le régime de communauté légale, l'actif se compose de tout le mobilier tant présent qu'à venir, des immeubles acquis pendant le mariage ou conquêts, enfin des revenus des propres.

Les époux peuvent insérer dans leur contrat de mariage des clauses modifiant l'actif de la communauté. Les unes étendent l'actif de la masse commune : ainsi la clause de communauté universelle spécifiant que la communauté comprendra soit tous les biens mobiliers et immobiliers présents et à venir, soit tous les biens présents seulement, soit tous les biens à venir — Parmi ces clauses extensives il y a aussi la clause d'ameublissement dont l'objet est de faire entrer dans la communauté tout ou partie des immeubles présents ou futurs qui, sous le régime de la communauté légale, restent propres aux époux.

D'autres clauses réduisent, au contraire, l'actif de la masse commune : ainsi les clauses qui excluent de la communauté le mobilier en tout ou en partie et surtout la communauté d'acquêts; sous ce régime seuls les acquêts mobiliers et immobiliers tombent en communauté.

II. Les textes du Code civil relatifs à la masse active tant de la communauté légale que de la communauté conventionnelle paraissent clairs au premier abord et par conséquent peu sujets à difficultés. Cependant, à propos de l'actif mobilier de nombreuses controverses se sont élevées en doctrine et en jurisprudence. On s'est demandé a propos de certains biens s'ils constituaient ou non des meubles, et, suivant la réponse donnée à cette question, s'ils entraient en communauté ou restaient propres à l'époux titulaire.

N'y a-t-il pas des droits personnels à l'époux titulaire à raison de leur fondement, de leur nature ou de leur rôle économique ? De plus en plus on parle de droits intellectuels, de « droits de la personnalité » qui garantissent quelque prérogative essentielle de la personne humaine et lui sont, en ce sens, exclusivement attachés.

C'est ainsi que la jurisprudence a eu fréquemment l'occasion de se prononcer en matière de propriété littéraire ou artistique, d'office ministériel, de rentes viagères ou d'assurance, enfin d'indemnités.

SECTION PREMIÉRE

La Propriété Littéraire et Artistique.

Le problème se pose de la manière suivante : le droit de l'auteur sur son œuvre artistique, littéraire ou musicale est-il un bien de communauté ? En d'autres termes, quand un auteur se marie sans contrat, son droit sur les œuvres antérieurement publiées tombe-t-il en communauté, s'il se marie sous un régime de communauté conventionnelle les œuvres composées ou éditées au cours du mariage seront-elles traitées comme acquêts ? La question fut très discutée et l'est encore de nos jours.

§ 1. — La doctrine.

Les auteurs ont émis les opinions les plus diverses sur la nature du droit d'auteur. On peut distinguer trois systèmes :

A. — Les Systèmes de la personnalité.

Le droit d'auteur serait un droit purement personnel au titulaire, qui ne saurait être soumis par conséquent aux règles du Code civil relatives aux régimes des biens. Pour Bertauld, par exemple, l'œuvre n'est pas comparable à une valeur pécuniaire, ce n'est pas un bien, ce n'est qu'une parcelle de la conscience de celui qui l'a créée, une portion intégrante de sa personnalité.

Dans sa thèse (« du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur, dans les régimes de communauté » 1902), Léon Bérard a repris cette théorie : « Le droit moral est pour nous, dit-il, l'essence du droit d'auteur. On l'oppose d'ordinaire au droit pécuniaire qui est la faculté légale de tirer de l'argent de l'exploitation des œuvres de l'esprit. On sectionne ainsi le droit d'auteur en deux éléments distincts : d'un côté une sorte de do-

maine éminent de l'auteur sur son œuvre, un droit strictement personnel au titulaire. De l'autre, un privilège commercial de reproduction... Or ce droit pécuniaire n'est que l'aspect extérieur et comme le signe du droit d'auteur. Il n'y a qu'un droit d'auteur dont il faut découvrir le caractère essentiel... »

De l'analyse du droit d'auteur il arrive à conclure que le droit d'auteur « a pour objet d'assurer la liberté de la pensée, de protéger la dignité et l'honneur de l'homme dans les productions de son activité intellectuelle. Par nature et par définition le droit d'auteur est personnel, incompatible avec l'idée d'une indivision forcée » — L'émolument pécuniaire n'est qu'un accessoire du droit d'auteur, qui, lui, est un droit purement moral et par sa nature exclu de la communauté. »

B. — Système du droit patrimonial.

(Admettant, une solution nettement opposée.)

Le droit d'auteur serait ici un droit patrimonial ordinaire qui tomberait sans restriction dans la communauté. Pour Demolombe, la propriété littéraire est une propriété mobilière qui doit tomber en communauté, mais seulement lorsqu'elle aura été publiée par l'auteur. Alors, ce qui devient commun ce ne sont pas seulement les produits du droit, le droit lui-même tombe en communauté — Bien plus, on est même allé jusqu'à admettre que si les héritiers de l'auteur publiaient des œuvres encore inédites à sa mort, elles tomberaient en communauté.

C. — Système intermédiaire.

Aujourd'hui, la plupart des auteurs distinguent dans le droit d'auteur un droit moral et un droit pécuniaire. Ces deux droits sont-ils indépendants l'un de l'autre ou bien l'un d'eux prédomine-t-il sur l'autre ?

Pour Saleilles (1)« l'élément patrimonial n'est qu'une dépendance de l'élément personnel tant que l'auteur vit ou

(1) Note Saleilles S. 1900. 2. 121.

tant qu'il n'y aura pas renoncé. » La conséquence c'est qu'il ne faudra pas appliquer à la propriété littéraire les règles du Code relatives au régime des biens tant qu'elle restera, surtout, un droit personnel. Tant que l'auteur vit et qu'il n'a pas fait cession intégrale de son œuvre, la communauté ne possède aucun droit.

Lyon-Caen relègue moins au second plan le point de vue pécuniaire.

§ 2. — La jurisprudence.

Devant cette diversité d'opinions et le silence de la loi les tribunaux ont eu souvent à statuer et à fixer les caractères essentiels du droit d'auteur — Mais la jurisprudence elle-même a été longtemps flottante et a subi une évolution intéressante que l'on peut diviser en 3 périodes.:

A. — 1re Phase

Presque *jusqu'à la fin du XIXe siècle les solutions des tribunaux* ne furent que des solutions d'espèce, tirées de l'équité. Comme la doctrine la jurisprudence n'aperçut au début que le caractère patrimonial du droit d'auteur pour le faire tomber en communauté. Un jugement du Tribunal civil de la Seine, rendu le 26 juillet 1837, était allé jusqu'à admettre que si les héritiers de l'auteur publient des œuvres encore inédites à sa mort elles tomberont en communauté.

La Cour de Paris en 1853 (2), consacra cette même doctrine. « Considérant que la création d'une œuvre littéraire ou artistique constitue, au profit d'un auteur, une propriété dont le fondement se trouve dans le droit naturel, et des gens, mais dont l'exploitation est réglementée par le droit civil. »

Pourtant un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 24 août 1863 (3), posa avec rigueur la règle d'après laquelle l'auteur qui a cédé son œuvre, même sans réserve, conserve sur elle un certain droit.

---

(2) S. 1854. 2. 109
(3) S. 1864. 3. 194

Mais cette solution resta isolée et vers 1880 trois décisions rendues sur la même affaire, les *Arrêts Masson*, statuèrent dans le même sens et décidèrent que le droit d'auteur tombait en communauté. L'une d'entre-elles, la première, contient des motifs assez abondants et explicites : c'est le jugement du tribunal civil de la Seine, rendu le 10 janvier 1878 (4). Après avoir rappelé le principe des articles 1401 et 1498 que « toute valeur mobilière » quelle qu'en soit l'origine ou la cause d'acquisition pour les époux tombe en communauté, le jugement décide que la nature de la propriété littéraire ne fait pas obstacle à sa mise en communauté puisque « la production de l'esprit dès qu'elle est manifestée par la forme extérieure constitue un bien susceptible de propriété » et que ce bien « s'appliquant à un objet purement mobilier doit, aux termes de l'article 517 du Code civil, être considéré comme une valeur mobilière ».

Le défendeur ayant invoqué en sa faveur les lois spéciales qui régissent la propriété littéraire, le jugement essaie de prouver que les textes législatifs ne s'opposent pas davantage à la mise en communauté du droit d'auteur. En effet, s'il est vrai que « les lois spéciales n'ont reconnu expressément de droits à la femme ou à ses représentants sur les œuvres du mari qu'autant que celui-ci est décédé », cela ne signifie nullement que ces lois ont repoussé tout partage du vivant de l'auteur entre le mari et les héritiers de la femme — Ainsi le décret du 19 juillet 1793 a eu pour but de régler la durée de la propriété littéraire à l'égard du public et a organisé la répression de la contrefaçon; mais « aucune de ces dispositions n'excluant formellement l'application au droit d'auteur du statut matrimonial des époux, la loi commune sous ce rapport a conservé tout son effet... »

D'autre part, l'article 39 du décret du 5 février 1810 subordonnant le droit viager de la veuve aux conventions

---

(4) S. 1881. 1. 25

matrimoniales des époux « dénote l'intention de laisser tout son effet à la loi commune qui régit l'association conjugale ».

Enfin la loi du 14 juillet 1866 réserve expressément les droits résultant du régime de la communauté, disposition qui, d'après l'exposé des motifs et les travaux préparatoires de la loi, « ne doit pas être restreinte au cas où l'auteur de l'ouvrage serait lui-même prédécédé; qu'en effet, dans l'exposé des motifs il est énoncé que la valeur mobilière qui a été reconnue au droit d'auteur fait entrer dans la communauté conjugale non seulement les produits du droit mais le droit lui-même. »

Tous ces arguments tirés de la nature du droit en litige et des textes de la loi conduisirent les juges à conclure que la propriété littéraire est un bien de communauté.

Les motifs de ce jugement se retrouvent dans l'arrêt confirmatif de la Cour de Paris, le 13 mars 1880 et dans celui qui fut rendu sur pourvoi, le 16 août 1886, par la Chambre des Requêtes.

La jurisprudence de 1880 comprend donc le droit d'auteur dans la masse commune sans faire la moindre réserve concernant le droit moral de l'auteur, car à cette époque on en soupçonnait à peine l'existence.

B. — 2me Phase.

La théorie d'un droit propre à l'auteur commence à se dessiner avec *l'arrêt Bernard-Desrones*, de la Cour de Paris du 3 avril 1884 (5). « Considérant, y est-il dit, que les publications dont il s'agit sont réputées, à moins de preuve contraire, avoir été le résultat du travail personnel de l'intéressé; que la propriété des ouvrages littéraires ne tombe pas en communauté, si ce n'est pour les produits réalisés pendant la durée de la vie commune; qu'à la suite d'une séparation de biens, l'écrivain reprend ses droits d'auteur comme lui étant propres et continue de les exploiter à son profit exclusif... »

(5) S. 1884. 2. 120

Un arrêt de la Cour de Cassation de 1888 (6) parle de « monopole d'exploitation », « de privilège exclusif » : « Attendu, dit la Cour, que les droits d'auteurs et le monopole qu'ils confèrent sont désignés, à tort, sous le nom de propriété littéraire, que loin de constituer une propriété comme celle que le Code civil a définie et organisée pour les biens meubles et immeubles, ils donnent seulement à ceux qui en sont investis le privilège exclusif d'une exploitation temporaire... »

Quelques décisions de 1896 et 1897 prouvent que les tribunaux n'avaient pas encore une notion très nette du droit moral et ne l'avaient pas posé comme une véritable antithèse en face du droit pécuniaire de l'auteur.

Vers cette époque il y eut une affaire d'un grand retentissement, le *procès Lecocq*. La Cour de Paris, le 1er février 1900 (7), vint infirmer un jugement du Tribunal civil de la Seine et attribuer le caractère de bien propre à la propriété littéraire ou artistique.

La Cour appuie sa solution sur des considérations empruntées à la nature du droit, aux textes et à l'équité.

Tout d'abord, les droits que les lois sur la propriété littéraire ont établis ne sont pas des droits de propriété, mais des « droits spéciaux temporaires »; ils ne peuvent donc être compris dans la classification du Code civil et en particulier dans la classification en meubles et immeubles qui s'applique seulement aux droits de propriété. » Les article 517, 1401 ou 1498 Code civil, sont inapplicables. La nature juridique particulière du droit d'auteur s'oppose à ce qu'il fasse partie de la communauté conjugale.

Les textes conduisent à une solution identique — Les lois de 1791 et 1793 ne parlent que d'un privilège personnel qui, par conséquent, doit rester propre à son titulaire, d'un « droit viager et exclusif ».

---

(6) S. 1888. 1. 117
(7) S. 1900. 2. 121

Quant au décret du 5 février 1810, il fournit un argument décisif en faveur de la solution adoptée par la Cour de Paris, il décide, en effet, que si les époux se sont mariés sous le régime de communauté, la veuve aura la jouissance des droits d'auteur de son mari durant la vie entière, mais qu'elle devra transmettre à sa mort aux enfants de l'auteur la propriété littéraire dans son intégralité. Or pour transmettre tous ces droits il faut bien qu'ils ne soient pas entrés en communauté, car tombés en communauté la moitié de ces droits resterait dans le patrimoine de la femme.

La loi du 14 juillet 1866 est venue étendre seulement à tous les régimes matrimoniaux, les droits de succession autrefois réservés à la femme mariée en communauté. Désormais la veuve recueillera les droits d'auteur de son mari sous quelque régime qu'elle ait été mariée. Cette loi lui réserve, en outre, si la communauté était le régime matrimonial adopté, la part qui lui revient en tant que commune dans les bénéfices procurés avant la dissolution du mariage par l'exploitation des œuvres de son mari. Mais cette loi n'ajoute rien de plus en ce qui concerne la communauté; elle ne décide pas expressément que le capital des droits d'auteur tombera dans la masse commune.

Enfin la solution qui ferait des droits d'auteur un bien commun présenterait, au point de vue pratique, de graves inconvénients que la Cour de Paris développe.

Elle fait d'abord observer que si les droits d'auteur sont des biens communs, il y aura là une indivision dont il sera fort difficile de sortir à la dissolution de la communauté. Le rachat par le mari ou le partage sont « rendus presque impraticables par la difficulté d'apprécier les lots en argent ou de les comparer en valeur vénale, alors que leurs produits varient suivant le goût du public et les chances de représentation ou de succès ». L'indivision à laquelle on sera réduit, dans la plupart des cas, ouvrira une ère de difficultés inextricables pour la gestion d'une fortune à l'administration particulièrement délicate. Enfin, chaque fois qu'il s'agira de passer un contrat d'édition ou de ces-

sion, il faudra le consentement des deux parties et elles seront en désaccord.

De même quand l'auteur voudra corriger son œuvre, la transformer ou la supprimer..., il ne pourra accomplir tous ces actes qu'avec l'assentiment de ses coindivisaires or ceux-ci seront surtout guidés par l'intérêt pécuniaire. En un mot l'auteur ne sera plus maître de sa pensée, son droit moral incessible devra s'effacer devant les considérations de pur intérêt que mettront en avant les héritiers de la femme.

Ces inconvénients sont graves surtout lorsque le mariage se dissout par le divorce, car il est rare que la femme divorcée garde « quelque bienveillance à l'égard de son ancien mari et qu'en son cœur une haine ardente et avisée ne succède pas à l'amour éteint. »

S'appuyant sur tous ces arguments, la Cour de Paris décida que Lecocq, s'étant marié sous le régime de communauté réduite aux acquêts, les droits d'auteur relatifs à ses œuvres musicales publiées et représentées durant le mariage, ne sauraient tomber en communauté par application des articles 1401 et 1498 et que c'est à bon droit que le notaire ne les a pas compris dans son état liquidatif y comprenant seulement les produits de ces droits touchés par la communauté.

L'épouse divorcée de Lecocq se pourvut en Cassation contre cet arrêt, en invoquant la violation de l'article 1498.

La Chambre civile cassa l'arrêt de la Cour de Paris, le 25 juin 1902 (8). Voici les principaux attendus de cet arrêt :

« Attendu que le droit d'exploiter exclusivement les produits d'une œuvre littéraire ou artistique réservée par la loi, pour un temps limité à l'auteur de cette œuvre, constitue un bien entrant dans le commerce et soumis dès lors, à défaut de dispositions légales contraires, aux règles générales du Code civil, en tant qu'elles sont compatibles avec la nature particulière dudit droit; — Attendu qu'aux

(8) D. 1903. 1. 5. S. 1902. 1. 305.

termes de l'article 1498 C. civil, les produits de l'industrie des époux font, dans la société d'acquêts, partie de l'actif de la communauté; — que cette disposition conçue en termes généraux, n'établit aucune distinction entre les bénéfices dérivant d'une entreprise industrielle ou commerciale et les avantages pécuniaires attachés à l'exploitation des œuvres de l'esprit... » D'ailleurs, ajoute l'arrêt, l'art. 1er de la loi du 14 juillet 1866 a reconnu que l'article 1498 était applicable au droit d'auteur.

Mais si le monopole d'exploitation de l'auteur est soumis aux règles du C. civil, c'est seulement « en tant qu'elles sont compatibles avec la nature particulière dudit droit ». Or la nature de ce droit est de comprendre à côté de l'élément pécuniaire, un élément personnel ou moral qui, lui, n'est pas un bien et par suite ne saurait entrer dans l'actif de la communauté où tombent seulement des biens, des valeurs pécuniaires. Parmi les facultés inhérentes à la personnalité même de l'auteur, la Cour de Cassation range les facultés de modification ou de suppression qui peuvent diminuer ou faire disparaître la valeur pécuniaire de l'œuvre tombée en communauté.

La Cour de Cassation, en considération de tous ces arguments, décida que les « droits d'exploitation relatifs aux nouveaux ouvrages que Lecocq avait publiés ou faits exécuter durant le mariage » devaient être considérés comme acquêts de communauté.

C. — 3me Phase

Nouveau revirement de la jurisprudence

Depuis l'arrêt de 1902 il semblait que la pratique se fut définitivement inclinée devant la Cour de Cassation. Pendant de nombreuses années on ne relève aucune décision ayant eu à connaître de la question du droit d'auteur sous la communauté. Or, récemment, le 5 février 1935 et le 1er avril 1936, la question fut remise en jeu.

Dans le 1er arrêt, la Cour de Paris (9) applique intégralement la théorie de 1902, en décidant que les œuvres musicales créées au cours du mariage antérieurement à une demande en divorce doivent faire partie de l'actif de la communauté. »

Le jugement du 1er avril 1936 (10) revêt, au contraire, une grande importance, car il ose se séparer de la jurisprudence de la Cour de Cassation pour se rallier à l'opinion qui fut celle de la Cour de Paris et consacrer la théorie de la personnalité.

Voici comment se présentaient les faits :

La dame Canal, Grand Prix de Rome de musique, avait composé et édité un certain nombre d'œuvres musicales tant avant que pendant son mariage avec le sieur Maxime Jamin. Le régime matrimonial des époux était la communauté légale et la dame Canal y renonça lors de la dissolution du mariage par le divorce, le 5 mars 1929. M. Jamin se prévalut de cette renonciation pour vouloir exploiter à son profit les œuvres de son ancienne femme publiées avant le divorce. Mais la dame Canal demanda au tribunal civil de la Seine de déclarer que les droits d'auteur sur ses œuvres lui appartenaient en propres.

Comme le remarque Nast dans sa note au Dalloz (10) le tribunal pouvait accueillir la demande sans prendre partie sur la question des droits d'auteur : il lui suffisait d'appliquer la loi de 1907 sur les biens réservés. Mais il n'a pas voulu se borner à une tâche aussi facile et il s'est efforcé de dégager la nature juridique du droit d'auteur. C'est ce qui ressort de la lecture de ce jugement, rendu le 1er avril 1936.

« Attendu, dit-il, que la conception et l'élaboration des œuvres littéraires ou musicales mettent uniquement en jeu les facultés intellectuelles et les qualités personnelles de l'écrivain ou du compositeur; que de telles œuvres ne sont

---

(9) S. 1935. 2. 26.

(10) D. 1936. 1. 262.

que l'expression de la pensée et du génie propre de leur auteur et dès lors qu'elles participent à la personnalité de celui-ci, dont elles ne sont qu'une émanation.

« Attendu que l'auteur, seul maître de sa pensée et partant des conditions dans lesquelles il lui convient de la révéler à autrui, doit nécessairement et par cela même être seul maître non seulement de décider si son œuvre doit ou non être publiée, mais encore de déterminer l'époque, les conditions et les limites de cette publication. » Jusqu'ici pas de difficulté, nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes aujourd'hui à décider que, tant que l'œuvre demeure inédite, le droit de l'exploiter demeure personnel à l'auteur.

Mais là où il y a désaccord c'est sur le point de savoir si, lorsqu'un auteur étant marié sous le régime de communauté, le monopole d'exploitation des œuvres qu'il a publiées avant ou pendant la communauté entre dans la masse commune — L'arrêt que nous rapportons fait ici œuvre créatrice en décidant « qu'après une première édition ou plusieurs exécutions publiques de son œuvre — auxquelles il a pu d'ailleurs ne consentir qu'à titre d'essai — il (l'auteur) doit demeurer à tout moment seul maître de décider s'il convient ou non d'autoriser de nouvelles éditions ou représentations sans qu'il ait à discuter avec qui que ce soit de l'opportunité ou de l'intérêt de ces publications nouvelles, sauf s'il s'agit d'une femme mariée de l'autorisation maritale ; — Attendu que si l'auteur veut exploiter son œuvre pour en tirer un profit pécuniaire en même temps qu'un bénéfice moral, la loi lui en donne le droit; qu'elle lui confère, à cet égard, un privilège exclusif d'exploitation; — Attendu que le droit de disposer ainsi de son œuvre pour en tirer une valeur vénale et de passer dans ce but des contrats s'analyse en une simple faculté dont l'exercice est subordonné à un acte de volonté purement potestatif... »

Cette faculté est inhérente à la personnalité de l'auteur au « même titre que celle qui appartient à tout homme de tirer profit de son activité physique et de son travail ma-

nuel, et s'il est vrai qu'une fois exercée cette faculté est créatrice de biens elle ne constitue, cependant, pas en elle-même, un bien au sens de l'article 516. »

En d'autres termes, les œuvres de l'esprit peuvent être la source de profits pécuniaires mais même alors elles ne sont pas des biens patrimoniaux. On ne saurait dire que l'œuvre intellectuelle est un produit de l'industrie, les produits de l'activité intellectuelle ce sont les sommes d'argent qui proviennent de l'exploitation.

La loi de 1866 invoquée souvent par les partisans du système communautaire, doit « être interprétée comme visant uniquement le produit des publications faites au cours de la communauté, sans comprendre le droit d'auteur lui-même ».

Etant donnés la nature et les caractères particuliers du droit d'auteur, le tribunal décida que le monopole d'exploitation, partie intégrante du droit moral de l'auteur, demeure propre à l'artiste, l'œuvre redevenant un manuscrit après chaque publication.

Un appel fut intenté par le sieur Jamin et la Cour de Paris a rendu, le 23 février 1938 (11), un arrêt qui confirme le jugement du Tribunal de la Seine quant au principe, mais qui s'en sépare néanmoins sur la question accessoire des produits du droit d'auteur rentrant à titre de revenus en communauté. Cet arrêt, véritable décision de principe, distingue nettement les deux problèmes : la nature du droit d'auteur, et les produits tirés de ce droit.

Nature du droit d'auteur. — « Considérant, dit la Cour, que l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique à qui la loi reconnaît un privilège exclusif d'exploitation, possède sur son œuvre une maîtrise absolue et que par suite, s'il prend parti de l'exploiter, il a seul le droit de consentir la publication, l'exécution ou la représentation, d'en autoriser la reproduction et qu'il reste toujours maître d'y apporter des modifications et même d'en décider la

(11) D. H. 1938 p. 187.

suppression; — que l'ensemble de ces prérogatives constitue le droit d'auteur qui prend naissance avec la création de l'œuvre et est antérieure à toute publication.

« Considérant que ce droit, dont les premiers juges ont très exactement et complètement dégagé la notion, s'analyse dans une simple faculté inséparable de la personne de l'auteur; qu'il ne rentre dans aucune des classifications du Code civil et constitue un droit extrapatrimonial qui, de par sa nature et en l'absence d'un texte formel imposant une solution contraire, ne saurait tomber dans la communauté.

Les Produits du Droit d'Auteur. — « Considérant toutefois, ajoute la Cour, que le droit d'auteur qui ne constitue pas, en lui-même un bien, peut être une source de profits pécuniaires et que les biens qu'il engendre quand il est exercé, tombent dans la masse commune en tant que revenus sous le régime de la communauté légale, en tant que produits du travail sous le régime de la communauté d'acquêts; considérant qu'il résulte des principes ci-dessus que sous le régime de communauté légale appartiennent seuls à la communauté, d'une part les profits que l'auteur a réalisés avant le mariage et qui n'étant pas encore perçus constituent de simples créances et, d'autre part, le produit des éditions et rééditions, exécutions ou représentations, parues ou réalisées pendant le mariage; qu'il s'ensuit que dans l'espèce actuelle en ce qui concerne les œuvres qui ont précédé le mariage, seuls les produits non perçus des éditions ou des exécutions antérieures au mariage doivent être compris dans l'actif commun; que c'est à tort que le jugement déféré a englobé dans la communauté les produits de l'exploitation continue des œuvres publiées avant le mariage, alors que ces œuvres ont pu être exploitées au cours du mariage, comme elles peuvent l'être, d'ailleurs, encore après la dissolution; — Qu'en ce qui concerne les produits perçus pendant le mariage, des éditions, rééditions ou exécutions parues ou réalisées au cours du mariage, s'ils sont tombés dans la communauté, la dame Canal les a repris en tant que biens réservés, par

suite de la renonciation à la communauté, en vertu de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1907; que c'est à juste titre dès lors, que le tribunal les a exclus de la masse commune; — Par ces motifs et ceux non controversés des premiers juges, confirme le jugement entrepris en ce qu'il a décidé que les droits d'auteur de la dame Canal sur ces œuvres ne sont pas entrés dans la communauté ayant existé entre elle et le sieur Jamin et n'ont jamais cessé de lui appartenir en propre; — l'infirme en ce qu'il a déclaré que seuls sont entrés en communauté et demeurent acquis au sieur Jamin les produits de l'exploitation des œuvres de la demanderesse publiées avant le mariage qui sont échus ou ont été perçus avant la date de demande en divorce; dit *que seuls sont entrés en communauté et demeurent acquis au sieur Jamin les produits non perçus avant le mariage des éditions ou exécutions antérieures au mariage des œuvres de la Dame Canal.* »

Le principe admis par les *arrêts Canal* mérite d'être approuvé : le droit de l'auteur consistant dans la maîtrise de son œuvre, c'est-à-dire de sa pensée, est un droit essentiellement personnel.

SECTION II

Les Offices ministériels

Ici aussi le fonctionnement du régime matrimonial se heurte à un droit de la personnalité. Il convient de poser nettement le problème avant de voir les solutions auxquelles il a donné lieu.

§ 1. — Position du problème

La question du sort de l'office ministériel sous les régimes de communauté ne se poserait pas si l'office était seulement une fonction publique. L'état charge l'officier d'une mission d'intérêt général qu'il exerce personnelle-

ment; si cet officier était un simple fonctionnaire ses appointements entreraient en communauté; quant au titre lui-même il est, de toute évidence, que la femme ou ses héritiers en sont exclus.

Mais une définition de l'office ministériel qui ne tiendrait compte que de la fonction publique serait insuffisante : L'étude comme le fonds de commerce possède une valeur économique intrinsèque. En vertu de la loi du 28 avril 1816 l'officier ministériel peut se démettre de sa fonction et présenter son successeur à l'agrément du chef de l'état, cela moyennant finances. On appelle cela : céder sa charge.

Ainsi l'office ministériel se présente sous un double aspect et offre deux éléments qu'il faut distinguer :

Un élément personnel, qui est la fonction publique elle-même.

Un élément patrimonial, qui est la valeur économique ou vénale de la charge.

Il est hors de doute que la fonction, pure concession de la puissance publique, est étroitement attachée à la personne du titulaire, n'entre pas dans son patrimoine; en conséquence la communauté ne saurait avoir sur elle aucun droit.

D'autre part, les produits de l'office tombent, sans nul doute, dans la communauté par l'application de l'article 1401.

Mais qu'*advient-il de la valeur vénale de l'office*, c'est-à-dire du droit de présentation. Est-ce là une valeur qui, sous un régime de communauté, puisse entrer du chef du mari dans l'actif commun ?

La question se pose aussi bien sous le régime de communauté légale, que sous celui de communauté d'acquêts.

Sous le régime de communauté légale supposons le mari titulaire d'une charge avant le mariage ou le devenant au cours du mariage. Ce droit entre-t-il dans la communauté de telle sorte que l'épouse ou ses héritiers puissent, lors de la dissolution, exiger la moitié de la valeur ? Faut-il décider au contraire que ce droit demeure propre au

mari, de sorte que la communauté ait purement et simplement droit à une récompense pour les sommes qu'elle a consacrées à l'acquisition de la charge ?

Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts l'office acquis par le mari au cours du mariage forme-t-il un conquêt ou la communauté devra-t-elle se contenter d'une récompense égale au montant des déboursés ?

La réponse dépend de la solution donnée à la nature juridique de l'office.

§ 2. — Solutions relatives à la nature juridique de l'office ministériel

Ici encore la jurisprudence et une majorité de la doctrine ne sont pas d'accord.

§ 1. — La Jurisprudence.

Elle applique un principe rigoureux, mais elle y apporte des atténuations.

a. — Le Principe

Une jurisprudence constante reconnaît au droit de présentation le caractère d'un véritable droit de propriété, propriété d'une nature spéciale soumise à des lois et à des règlements, limitée dans le temps et dans son exercice. Plusieurs arrêts fort anciens avaient déjà décidé dans ce sens (*12*).

Pourtant, un arrêt du 23 mai 1854 décida que les créanciers du titulaire décédé ne peuvent se substituer à ses ayants-cause dans l'espèce du droit de présentation parce que « ce droit est absolument personnel au titulaire ou à ses héritiers... qu'il ne constitue pas un droit cessible que les créanciers puissent atteindre » (*13*).

La jurisprudence abandonna vite l'idée d'un droit strictement personnel au titulaire pour en faire une « véritable propriété ».

---

(12) Douai 15 nov. 1833 D. 34. 2. 128; Paris 23 juillet 1840. D.40. 2. 689; Cassation 23 mai 1844. D. 45. 1. 171.

(13) S. 1894. 1. 316.

Mais cette propriété est-elle mobilière ou immobilière ? Ce fut très controversé dans l'ancien droit car la nature mobilière ou immobilière des biens se déterminait d'après leur importance patrimoniale. Au début du XVII[e] siècle la jurisprudence ne rangeait pas d'une manière absolue les offices dans l'une ou l'autre des deux classes. Dans le début du XVIII[e] siècle la jurisprudence évolue et finit par déclarer les offices des immeubles. Mais le Code civil fut inspiré par d'autres idées : d'après lui, toute propriété doit être mobilière ou immobilière.

Les tribunaux décidèrent alors que le droit de présentation moyennant finances étant une propriété incorporelle, exclusive de la qualité d'immeubles, était certainement un meuble. En conséquence si la valeur vénale de l'office est une propriété mobilière elle doit tomber en communauté. C'est ce que décidèrent les tribunaux, aussi bien en matière de communauté légale que de communauté conventionnelle.

1. — Communauté Légale

La Jurisprudence se basant sur l'art. 1401 considère, en effet, comme appartenant au patrimoine commun des époux, non seulement les produits de l'office, mais aussi sa valeur vénale, c'est-à-dire le résultat de l'exercice du droit de présentation.

C'est dans ce sens que se prononça la Cour de Douai dans les circonstances suivantes en 1862 (14) : Le sieur Gatoux était titulaire d'un office; sa femme décède en 1851 laissant 3 enfants mineurs. Quelque temps après l'officier cède son étude pour le prix de 10.000 francs, mais le gouvernement refuse d'approuver le traité pour cause de dissimulation du prix réel. Quelques années s'écoulent, puis Gatoux tombe en faillite. On procède alors à la liquidation tant de la succession de la dame Gatoux que de la communauté ayant existé entre elle et son mari.

(14) S. 1864. 2. 109

Le notaire fit figurer l'office dans l'actif de la communauté pour la somme de 9.000 francs, valeur présumée de l'office au moment de la dissolution. Mais le syndic de faillite soutint que Gatoux ne devait aux héritiers de la femme que l'indemnité payée par le successeur.

Le Tribunal de Montreuil-sur-Mer maintint le travail liquidatif du notaire « attendu que la valeur d'un office fait partie de la communauté; que le titulaire en reste propriétaire, sauf récompense à la communauté; que cette récompense doit évidemment être fixée eu égard à la valeur de l'office à la dissolution de la communauté. » L'office de Gatoux, valant au décès de l'épouse 9.000 francs, l'indemnité à recevoir pour cause de destitution encourue postérieurement ne représentait pas la valeur réelle de la charge au jour où cette pénalité fut appliquée et encore moins à l'époque de la dissolution, c'est-à-dire en 1851.

Le syndic de faillite interjeta appel, mais la Cour de Douai confirma le jugement le 20 décembre 1862.

La Cour de Cassation se rallia aussi à cette théorie, comme nous pouvons le constater par l'*arrêt Revel* rendu le 6 janvier 1880 (*15*).

La communauté légale existant entre le sieur Revel et sa femme fut dissoute par la mort de celle-ci. Revel, greffier de justice de paix, céda sa charge à un certain Deschamps. D'autre part, Revel et l'un de ses fils Antonin étaient débiteurs envers la Compagnie d'assurances maritime « La Lyonnaise » d'une somme de 4.000 francs et ils autorisèrent cette Compagnie à saisir arrêter le prix de la cession entre les mains de Deschamps en permettant à celui-ci de prendre tels engagements qu'il jugerait convenables. Le sieur Deschamps se porta garant envers la Compagnie du paiement de ladite dette — « La Lyonnaise » pratiqua alors entre les mains de Deschamps une saisie-arrêt sur le prix de cession de l'office — A cette même

---

(15) S. 1881. 1. 40

époque intervint entre Revel et ses enfants un acte de partage de la communauté dans lequel fut compris le prix de cession de l'office.

A quelque temps de là, la Compagnie d'assurances fit valider la saisie-arrêt qu'elle avait formée. Revel et Antonin firent opposition au jugement de validité. Un autre fils, François Revel, intervint dans l'instance pour soutenir que la somme frappée par la saisie-arrêt appartenait à la communauté et réclamer la somme faisant sa part. Quant à la Cie d'assurances elle soutint que le prix de vente de l'office ne dépendait pas de la communauté.

Dans ces conditions le Tribunal de Narbonne statua contrairement aux prétentions de la Compagnie et conformément à celles de François.

« Attendu, dit le jugement, que si pour des motifs d'ordre public les offices ministériels ne tombent pas en communauté, il faut l'entendre dans ce sens que c'est la fonction et non pas le prix de l'office; que par suite, à la mort de la dame Revel, le père titulaire a pu continuer ses fonctions et les enfants ne pouvaient le contraindre à vendre sa charge; mais qu'au moment de ce décès le prix de cette charge était tombé dans la communauté et était devenu, sauf à dégager le prix lors de la vente, la propriété pour moitié de chacun des époux communs. »

L'arrêt de la Cour de Montpellier qui confirma ce jugement fut frappé de pourvoi.

Mais la Cour de Cassation rejeta le pourvoi le 6 janvier 1880. « Attendu que les offices, dont la loi du 28 avril 1816 autorise la transmission, sont de véritables propriétés dans les mains des titulaires; que ces propriétés sont mobilières et comme telles entrent dans la communauté légale. »

2. — Communauté Conventionnelle

La question du sort de l'office s'est posée très souvent dans l'hypothèse d'une limitation conventionnelle de l'actif commun.

Ainsi sous le régime de communauté réduite aux acquêts les donations et successions recueillies par chacun des époux au cours du mariage n'entrent pas en communauté. Si le mari obtient gratuitement une charge d'office, cette collation équivaut-elle à une donation; est-elle, au contraire un bénéfice de communauté ?

Telle est l'espèce dans laquelle statua la Cour de Douai le 15 novembre 1833 (16). Elle décida que « l'office de commissaire-priseur, à part le droit de l'exercer, mais eu égard à ses produits et à sa valeur vénale est nécessairement un meuble aux termes du droit actuel et partant un acquêt de communauté (art. 526, 530 et 1401 C. civ.); que la clause de contrat de mariage des époux excluant de la communauté les donations même mobilières ne peut recevoir son application à l'office dont la collation gratuite ne peut, ni d'après les principes du droit, ni d'après les termes de l'esprit du contrat, être considéré comme une donation, mais comme un bénéfice de communauté. »

Dans une espèce semblable la Cour d'Agen, le 2 décembre 1836 (17), donna la même solution. Elle considéra qu'un office concédé gratuitement constituait un acquêt de communauté parce que sa valeur était un produit du travail et de l'industrie du mari.

De même la Cour de Bordeaux, le 2 juillet 1840, déclara que à la dissolution de la communauté d'acquêts le titre restait propre au mari, mais que la valeur procurée à l'étude par l'activité de l'officier devait être estimée et qu'il devait en être fait état pour la liquidation de la société d'acquêts.

B. — Atténuations apportées au principe

Une conséquence rigoureuse de la théorie jurisprudentielle serait que à la dissolution de la communauté il y eût cession de l'office et que le prix en provenant soit attribué

---

(16) D. 1834. 1. 128
(17) S. 1837. 2. 369

à la communauté. Mais la jurisprudence n'a pas voulu cette expropriation du mari survivant : elle lui accorde un droit d'option. Le mari peut faire abandon de sa charge à la communauté ou bien retenir l'office comme propre avec obligation de récompense.

Notre ancienne jurisprudence avait déjà consacré ce droit de retenue et en avait réglé l'exercice d'une façon très précise : le mari avait le même délai que les héritiers pour prendre parti sur la succession. Au cas de silence du mari la plupart des arrêts établirent la présomption que le mari avait voulu retenir l'office — La jurisprudence moderne se présente sous un aspect très différent : il n'est plus imposé de délai préfix au mari pour fixer son choix. De plus le silence du mari est interprété comme équivalent à l'intention de laisser l'office dans la communauté.

C'est ainsi que s'est exprimée la Cour de Cassation, le 8 janvier 1880 : « Si pour des motifs d'ordre public on doit attribuer au titulaire d'un office lorsqu'il survit à la communauté le droit de le retenir comme propre, à la charge de récompenser la communauté, c'est là une pure faculté dont le mari est libre d'user ou de ne pas user. » La Cour suprême estime que le fait de continuer à gérer l'office sans faire aucune déclaration implique l'intention de le laisser dans la communauté.

En outre, les tribunaux ne reconnaissent plus à l'exercice du droit de retenue un effet rétroactif. L'office n'est pas considéré comme ayant toujours été propre au mari depuis son acquisition.

§ 2. — La doctrine.

Il y eut un vif mouvement doctrinal contre le système jurisprudentiel qu'on accusait d'être peu favorable aux droits de la personnalité — Labbé dans une note sous l'arrêt du 6 janvier 1880 (18), critique le principe de la jurisprudence — Il fait une analyse directe de ce droit, en re-

(18) Note Labbé S. 1881. 149

cherche la nature. Ce qui est l'objet du droit ici c'est la faculté conférée au titulaire de présenter un successeur à l'approbation du gouvernement et de tirer un profit pécuniaire de cette présentation. « La finance, dit-il, est un principe d'émolumentation au capital productif qui croît ou décroît selon le plus ou moins de succès de l'officier auprès du public. Ainsi donc le droit de présentation d'un office ministériel est une valeur croissant ou décroissant en fonction de l'activité, de l'intelligence et de l'honorabilité de celui-ci. » L'élément moral de ce droit prédomine sur l'élément pécuniaire. D'après Labbé un semblable droit ne rentre pas dans la division des biens en meubles et immeubles qui est inapplicable aux biens incorporels. L'office est donc un propre du mari, la valeur patrimoniale qu'il représente n'a jamais fait partie de la communauté.

Cette idée a été reprise par Saleilles (19) (sous l'arrêt Lecocq) mais avec une variante. Pour lui, aussi longtemps que le mari, titulaire de l'office, vit et exerce, le droit lui demeure personnel, car sa capacité de travail, son aptitude professionnelle lui sont rigoureusement propres. S'il se démet de son office ou si la communauté se dissout par sa mort, le droit sur l'office cesse d'être une prérogative de la personnalité et ne constitue plus qu'une valeur pécuniaire qui peut figurer dans la masse à partager.

Malgré ces tendances doctrinales la jurisprudence actuelle demeure fixée dans le même sens.

§ 3. — Effet d'une clause du contrat de mariage excluant l'office de la communauté

Jusqu'ici nous avons envisagé seulement l'hypothèse où l'époux titulaire d'un office n'a pas inséré dans son contrat de mariage de clause d'exclusion. Or, souvent, il arrive que le titulaire insère une clause excluant expressé-

---

(19) Note de Saleilles 1900. 2. 121.

ment de la communauté l'office dont il est titulaire. Hors de doute alors que l'office a la nature d'un propre. Mais la plus-value acquise pendant le mariage par cet office propre ne doit-elle pas tomber en communauté ?

1. — Les Tribunaux de 1re instance et les Cours d'appel ont fait preuve de certaines hésitations : La Cour de Bordeaux avait décidé, en 1840 (20), que la plus-value doit toujours profiter aux deux époux.

Le 2 avril 1869 (21), la Cour de Paris a considéré, elle aussi, que l'augmentation de valeur d'un office « constituait un acquêt résultant de travaux et d'une application qui, bien que personnels au mari, n'en devaient pas moins tourner à l'utilité commune des époux et demeurer, par suite, dans la masse active de la communauté. »

Le Tribunal de Cosne, le 27 août 1883 (22), adopte un autre point de vue : « Si la plus-value est le produit de la capacité, du travail, de l'industrie du mari, il y aurait lieu de déclarer, conformément aux principes de la matière, qu'elle constitue un acquêt de la communauté. Il en serait autrement si cette plus value résultait d'une cause étrangère, telle que l'augmentation naturelle de la valeur des propriétés, le plus grand nombre de candidats aspirant aux fonctions notariales... »

D'après ce système y aurait donc lieu de distinguer si la plus-value résulte de l'activité du mari ou d'une circonstance indépendante de celui-ci; dans le premier cas elle tomberait en communauté; dans le second, elle serait propre au titulaire.

2. — La Cour de Cassation saisie de la difficulté n'accepta ni l'une ni l'autre des théories exposées. Par son arrêt du 14 avril 1893 (23) elle attribue en toute hypothèse la plus-value au mari : « Attendu que les propres mobiliers

(20) S. 1841. 2. 142
(21) D. 1869. 2. 236.
(22) Gaz Pal 1884. 1. 63
(23) D. 1893. 1 351

de chaque époux demeurent à ses risques, qu'il doit seul profiter de l'augmentation de leur valeur comme il en supporterait seul la perte ou la diminution; que la plus-value de l'office propre au mari appartient exclusivement à celui-ci; qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la plus-value résultant de l'augmentation générale des charges et celle qui serait due à l'intelligence et au travail du titulaire; que, ni dans l'un ni dans l'autre cas, cette plus-value ne constitue un objet distinct de l'office lui-même et ne saurait être considéré comme un acquêt dans le véritable sens du mot. »

La jurisprudence applique la même solution en matière de fonds de commerce. Aix, 24 mai 1905 (24).

Cette solution semble la meilleure. Elle n'est pas en contradiction avec la théorie générale de la jurisprudence d'après laquelle la valeur de l'office non exclue de la communauté, est elle-même commune, car il suffit de considérer que la plus-value d'un office stipulé propre, fait partie intégrante de l'office et est elle-même propre au titulaire.

SECTION III

Rentes viagères et assurances sur la vie

De par leur nature ces droits semblaient devoir être compris dans la masse active de la communauté, pourtant la jurisprudence les en a exclus à cause de leur rôle économique. Nous allons voir rapidement comment elle est parvenue à ce résultat tant en matière de rentes viagères que d'assurances sur la vie.

§ 1. — Rentes viagères

L'article 529 (al. 2) du Code civil, range les rentes viagères dans la catégorie des meubles, ce qui a pour consé-

(24) D. 1906 2. 388

quence inévitable de les faire tomber en communauté en vertu de l'art. 1401.

On peut, toutefois, se demander si dans certains cas, bien que la rente ait été constituée avec des deniers communs, l'intention des époux ne peut la faire exclure de la masse commune. En effet, chez les époux qui constituent une rente viagère prédomine le désir de se prémunir contre les incertitudes de l'avenir.

La jurisprudence admettra-t-elle que ce désir très légitime puisse faire obstacle à l'application des règles de la communauté ?

La rente établie au moyen de fonds communs peut être constituée par un des époux au profit de l'autre, ou à son profit personnel, ou au profit du survivant d'entre eux.

A. — Rente Constituée par un des époux au profit de l'autre ou a son profit personnel

La jurisprudence admet aujourd'hui que le bénéficiaire en acquiert l'avantage à titre de propre. C'est notamment la solution adoptée pour la rente constituée par le mari sur la tête de la femme — Cassation, 26 octobre 1910 (25) — Il y a une véritable stipulation pour autrui et l'époux bénéficiaire devra seulement récompense à la communauté.

La jurisprudence se base sur l'idée d'une donation présumée par le mari à la femme pour attribuer à cette dernière le bénéfice de la rente.

Si l'époux se constitue une rente à son profit personnel la solution diffère un peu. La jurisprudence décide que si les arrérages doivent commencer à courir seulement à la dissolution de la communauté, la rente peut constituer un propre pour l'époux qui l'a stipulée; l'art. 1437 l'oblige tout au plus à indemniser la communauté des fonds versés par elle — Si les arrérages courent, dès la constitution intervenue pendant l'association conjugale, on peut dédoubler l'opération en l'achat d'une rente au profit de la com-

(25) D. 1913. 1. 206

munauté et en celui d'une rente différée au bénéfice de l'époux. Le constituant bénéficiaire ne doit récompense que pour le prix de la rente différée. Ainsi a décidé l'arrêt de la Cour de Paris, le 26 février 1923 (26); la récompense due par le mari bénéficiaire doit « s'élever à la somme déboursée par la communauté, lors du contrat, pour assurer au mari la continuation du service de la rente après la dissolution de la communauté. »

B. — Rentes réversibles sur la tête du survivant.

C'est surtout en cette matière que les tribunaux eurent à se prononcer fréquemment.

Il s'agit de savoir si la rente constituée à l'aide de deniers communs a pu former un droit propre à l'époux survivant.

Ne doit-on pas, au contraire, la considérer comme une valeur irrévocablement acquise à la communauté et soumise, dès lors, à l'indivision et au partage ? Si la clause de réversibilité reçoit effet à la mort d'un époux la valeur qu'est la rente ne doit pas être comprise dans la masse comme partageable. Dans le cas contraire elle est soumise à l'indivision et doit être partagée. Si la rente constitue une valeur propre au survivant, seul il a droit à l'intégralité des arrérages. Si la rente est un bien de la communauté le survivant n'aura droit qu'à la moitié des arrérages, l'autre moitié devant revenir aux héritiers du conjoint.

Il est évident que par la clause de réversibilité les époux ont eu l'intention d'assurer au survivant le profit exclusif de la rente viagère. La jurisprudence et la plupart des auteurs sanctionnent, aujourd'hui, cette volonté non douteuse des époux, mais on n'est pas arrivé à cette solution tout d'un coup, il s'est produit une évolution intéressante.

C. — Validité de la clause de réversibilité.

Le principe est que toute valeur acquise pendant la communauté à l'aide de deniers communs ne peut former qu'un

---

(26) D. 1923. 2. 21.

acquêt de communauté partageable par moitié entre le survivant des époux et les héritiers du conjoint prédécédé.

1re Opinion : *La clause de réversibilité serait nulle comme contraire aux principes de la communauté;* peu importe que l'on considère cette opération comme un acte à titre onéreux ou comme un acte à titre gratuit. Les adversaires de la réversibilité soutiennent, en effet, que si cette stipulation réciproque est un acte à titre onéreux, il faut l'annuler, par application de l'article 1395 consacrant l'immutabilité des conventions matrimoniales; si c'est une donation elle sera de même sans effet car l'art. 1097 interdit les donations mutuelles.

Ce système a été défendu par beaucoup d'anciens auteurs et il a été émis par Mourlon dans une note au Dalloz (27), sous un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 19 février 1864. Pendant longtemps divers tribunaux l'ont admis, et notamment la Cour de Paris qui en a fait l'application dans plusieurs cas, entre autres, dans deux arrêts des 12 décembre 1885 et 24 octobre 1890 (28). Dans le même sens nous trouvons aussi un arrêt de la Cour de Lyon, le 6 janvier 1881 (29).

Ce système a le grave inconvénient de ne pas tenir compte de l'intention des époux, en déclarant la clause nulle et non avenue.

2me Opinion : *La Cour de Cassation s'est ralliée à l'opinion opposée, en décidant que la rente viagère réversible appartient pour la totalité, par l'effet propre et direct de la clause, au survivant des époux.* — Ainsi décida la Cour de Cassation dans un arrêt du 25 mai 1866 (30) confirmatif d'un arrêt de la Cour de Rennes du 26 août 1863; et dans un arrêt du 20 mai 1873 (31). La Cour de Cassation dans ce

---

(27) Note de Mourlon D. 1865. 2. 74.
(28) D. 1894. 1. 337.
(29) D. 1882. 2. 169.
(30) D. 1866. 1. 201.
(31) S. 1873. 1. 339 D. 1874. 1. 72.

dernier arrêt veut concilier le désir des époux de vouloir s'attribuer mutuellement le bénéfice de la clause de réversibilité et l'interdiction absolue que contient le Code de se faire des donations mutuelles par un seul et même acte; aussi déclare-t-elle qu'il n'y a pas là « donation mutuelle mais seulement une condition sans laquelle ni l'un ni l'autre des conjoints n'auraient consenti aux aliénations et qui ne peut en être séparé... »

Cet arrêt déclare que l'époux survivant est seul bénéficiaire de la rente réversible mais à charge d'indemniser la communauté.

« Attendu qu'il est de principe dans le régime de communauté, d'une part qu'en dehors des exceptions établies par la loi, toute acquisition faite à titre onéreux durant la société conjugale, constitue un conquêt de communauté destiné à être partagé entre les ayants-droit, lors de la dissolution et, d'une autre part, d'après l'art. 1437 du Code civil que généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense; que le jugement attaqué oppose vainement que les contrats du 5 août 1867, loin de procurer un avantage exclusif et personnel soit à l'un, soit à l'autre des époux, avaient ménagé aux deux également les mêmes chances aléatoires; qu'il résultait du caractère aléatoire de ces contrats, non qu'ils ne procuraient pas au survivant des époux un profit qui lui serait personnel, mais uniquement qu'il était incertain, au moment de leur formation, quel serait celui des deux en faveur duquel l'avantage se réaliserait; que toute incertitude à cet égard a cessé à l'événement du décès de la femme et que le mari survivant au profit de qui l'avantage a été alors définitivement réalisé, a été placé par là dans la nécessité de satisfaire à l'obligation consacrée par l'art. 1437. »

D. — Quel sera le montant de la récompense dans ce système jurisprudentiel ?

Ici encore les tribunaux ont adopté une solution favorable aux contractants : la récompense due à la communauté

est limitée au supplément de prix qu'il a fallu verser pour obtenir la réversibilité.

Il y a eu de nombreux arrêts dans ce sens : arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 novembre 1903 (32).

De même l'arrêt du Tribunal civil de Laval, 17 janvier 1907, décide que ce dont « l'époux doit récompense, c'est le prix que la communauté a dû verser le jour du contrat pour obtenir que la rente soit réversible sur sa tête. »

Nous pouvons encore citer un arrêt plus récent de la Cour de Paris en date du 26 février 1923 (33), ainsi conçu : « Considérant que pour le contrat passé avec la Cie générale des assurances (contenant une clause de réversibilité sur la tête du dernier mourant) le bénéfice réalisé par le mari au détriment de la communauté consiste uniquement dans le montant de la somme versée à la Compagnie pour prix de la réversibilité calculée à la date même du contrat d'après les tableaux de capitalisation de la Cie; qu'en effet, le fait de la réversibilité créant un droit éventuel de jouissance profitable aussi bien à l'un qu'à l'autre époux, le prix de ladite réversibilité constitue seul un enrichissement pour le survivant au préjudice de ladite communauté. »

Les époux obvient souvent à l'inconvénient du calcul de la récompense en dispensant le survivant par une donation ou un testament de cette obligation de fournir une récompense. La jurisprudence tend, de plus en plus, à considérer les contrats constitutifs de rente comme des libéralités à l'égard de leur bénéficiaire et à admettre que les termes mêmes de l'acte peuvent contenir une dispense tacite de récompense par chaque époux au profit du survivant (34).

En faisant de la rente viagère une créance propre au bénéficiaire, les tribunaux ont adopté une solution scientifique en harmonie avec les principes du droit et l'intention des parties contractantes.

---

(32) D. P. 1904 2. 77.

(33) D. 1923. 2. 21.

(34) Cass. 24 Janvier 1894 D. 1894. 1. 337.

§ 2. — L'Assurance sur la vie.

Notre Code est muet sur le contrat d'assurance, mais personne n'en a contesté la légalité depuis la loi du 24 juillet 1867 art 66, qui a consacré légalement l'existence des Compagnies d'assurance sur la vie et celle du 17 mars 1905 qui a réglementé ce genre d'assurances en tant qu'entreprises.

La loi du 13 juillet 1930 a consacré toute une section à la matière des assurances sur la vie. Cette œuvre de codification a été préparé par la jurisprudence qui, durant un siècle, a élaboré progressivement la théorie des assurances sur la vie plus particulièrement en ce qui concerne son application aux régimes matrimoniaux.

En effet, il y a eu ici les mêmes controverses qu'en matière de rentes viagères.

La majorité de la doctrine et de la jurisprudence sont d'accord pour faire tomber en communauté le capital d'une assurance sur la vie contractée par l'un des époux à son propre profit ou par un tiers au profit des époux (35). L'hypothèse la plus souvent discutée a été celle de *l'assurance contractée par le mari au profit de sa femme à l'aide de deniers communs.*

Sous le régime de communauté légale ou de communauté réduite aux acquêts toute acquisition faite au cours du mariage, autrement que par succession ou donation, appartient à la communauté (art. 1401 - 1°).

De l'application de ce principe il en résulterait que la femme n'aurait droit au bénéfice du contrat que si elle acceptait la communauté et que même en cas d'acceptation elle ne pourrait prétendre qu'à la moitié du capital assuré en tant que femme commune en biens. Un pareil résultat serait absolument contraire à l'intention du contractant et apporterait de grandes entraves au développement de l'as-

---

35) Caen 6 décembre 1881. S. 83. 2. 23.

surance sur la vie entre époux — Le but du contrat ne peut être, en effet, atteint que si le bénéfice de l'assurance reste propre à la femme.

C'est à cette dernière solution que s'est arrêtée la jurisprudence de la Cour de Cassation et de la majorité des cours d'appel, après une longue période d'hésitations.

A. Comment justifier ce droit propre du bénéficiaire en présence des textes actuels du code civil ?

Plusieurs systèmes ont été adoptés par la jurisprudence.

1er Système : *Le capital assuré dépend originairement de la communauté; seulement le mari en dispose aussitôt au profit de son épouse.* C'est le système qui fut d'abord prôné par la Cour de Cassation (36). Avec cette théorie la femme doit rapporter à la succession du mari sinon la totalité du capital assuré, comme on l'a soutenu parfois, au moins la moitié de ce capital. De plus, le bénéfice du contrat est entré, ne serait-ce qu'un instant, dans la communauté.

2me Système : Il faut éviter que le droit au capital tombe un instant dans la communauté. Les tribunaux sont parvenus à ce résultat en appliquant à l'assurance sur la vie *l'idée de stipulation pour autrui.* Le tiers bénéficiaire se trouve ainsi investi d'un droit direct et propre sur le capital assuré et à l'encontre de l'assureur. Un arrêt de la Cour de Cassation du 15 décembre 1873 (37) avait fait intervenir l'article 1121, mais accessoirement.

C'est surtout par l'*arrêt Despretz* du 16 janvier 1888 (38) que la Cour de Cassation a inauguré cette théorie. Voici les termes de l'arrêt Despretz :

« Attendu en droit que le contrat d'assurance lorsque le bénéfice de l'assurance est stipulé au profit d'une personne déterminée, comporte essentiellement l'application de l'art. 1121 Code civil, c'est-à-dire des règles qui régissent la stipulation pour autrui; — que vainement on vou-

36) Req. 2 mars 1881 D. 81. 1. 400.
37) D. 1874. 1. 113.
38) D. 1888. 1. 775; S. 1889. 1. 121.

drait prétendre, comme le fait l'arrêt attaqué que, dans un pareil contrat, l'assuré ne stipulant pas pour lui-même les dispositions de l'art. 1121, ne sauraient être invoquées par le tiers bénéficiaire; — Attendu, en effet, que d'une part le profit de l'assurance peut, dans certaines éventualités, revenir au stipulant et que, d'ailleurs, le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat; — Que, d'autre part, le stipulant s'engage à verser à la Compagnie d'assurances des primes annuelles, de telle sorte qu'à quelque point de vue qu'on se place il est impossible de soutenir que le stipulant ne stipule pas pour lui-même et que, par suite, l'article 1121 n'est pas applicable; — Attendu, conformément à la dernière partie de cet article, que lorsque le tiers spécialement désigné par la police d'assurance a déclaré vouloir profiter de la stipulation faite en sa faveur, il a résulté pour lui un droit personnel irrévocable, en vertu duquel le promettant sera tenu de lui payer le montant de l'assurance au moment du décès du stipulant, si, d'ailleurs, les primes ont été régulièrement payées soit par ce dernier, soit, à son défaut, par le tiers lui-même; — Attendu que la faillite du stipulant survenue avant son décès ne saurait faire disparaître ce droit et autoriser le syndic à prétendre, au nom de la masse créancière, que la police d'assurance constitue purement et simplement une valeur mobilière demeurée dans le patrimoine du failli et devant servir de gage à ses créanciers; — Attendu qu'en ordonnant au sieur Despretz de restituer ladite police aux mains du syndic de la faillite Beny-Delobeau, l'arrêt attaqué a violé les articles de loi susvisés ainsi que les principes en matière de contrat d'assurance sur la vie; — Casse... »

De multiples arrêts ont, dans la suite, confirmé cette solution (39) qui trouve sa consécration légale dans les articles 67 à 69 de la loi du 13 juillet 1930.

---

(39) Cass. 30 mai 1911 D. 12. 1 172.

Cependant, un arrêt du 8 février 1888 vint contredire la décision du 16 janvier en décidant que le capital assuré devait être rapporté à la succession du stipulant quand le bénéficiaire se trouvait en présence, non plus de créanciers de ce dernier, mais de cohéritiers; le principe que le bénéfice de l'assurance appartient en propre au tiers spécialement désigné, devant fléchir devant l'égalité des partages. Mais cet arrêt demeura isolé et la Cour Suprême revint à sa jurisprudence antérieure par l'arrêt du 29 juin 1896 (41) qui déclara que « le capital stipulé n'ayant jamais fait partie du patrimoine du stipulant; ne constituant pas une valeur successorale ne saurait, par suite, entrer en compte pour le calcul de la réserve ».

3me Système : *Reconnaissance d'intérêts propres à chaque individu.* — La plupart des décisions jurisprudentielles se bornent à sanctionner la volonté évidente et légitime des époux, sans donner une explication scientifique de la solution. Elles reconnaissent avec Labbé que tout individu a des droits primordiaux difficiles à apprécier économiquement, mais que le droit positif connaît et protège. A ces droits correspondent des intérêts patrimoniaux rigoureusement personnels à chacun et dont, ni le mariage, ni les régimes matrimoniaux ne sauraient modifier le caractère. Chaque époux ainsi doit être libre au cours du mariage de prévoir et d'assurer son avenir personnel ou celui de son conjoint pour le jour où l'un d'eux sera privé de la collaboration de l'autre. Le capital-assurance comme la rente viagère « sont des biens nouveaux constitués avec des deniers communs, mais qui correspondent à des intérêts propres antérieurs ».

« Attendu, dit un arrêt, que le contrat ainsi analysé (le contrat d'assurances) ne peut-être considéré comme un acte de libéralité de la part du stipulant; — Attendu que s'il est un acte à titre onéreux, il faut rechercher si ce ca-

(40) D. 1897. 1 73.

pital ne doit pas entrer en communauté comme ayant été acquis durant le mariage, qu'il ressort des dérogations et de l'article 1437 que l'émolument, acquis par un conjoint, qui se rattache à un intérêt préexistant ou existant indépendamment de la volonté, est un propre; — Attendu que le contrat d'assurance a précisément le caractère de sauvegarder l'intérêt personnel du conjoint bénéficiaire puisqu'il lui assure une indemnité contre la chance que la communauté prématurément dissoute ne lui laisse pas de quoi vivre, qu'un tel intérêt d'existence d'avenir personnel ne s'affirmant qu'après la dissolution du mariage est nécessairement en dehors de la communauté. »

De même, le 8 juillet 1890 (41), la Cour de Riom voit, dans le contrat d'assurance, un « acte de prévoyance » destiné à demeurer propre au bénéficiaire; et la Cour de Douai, dans un arrêt du 31 janvier 1876 (42) s'était déjà exprimée dans les mêmes termes en déclarant « que par son objet, tout de prévoyance, le contrat d'assurance passé par un mari au profit de sa femme veut directement être exécuté vis-à-vis de celle-ci, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce... »

B. — Application de l'article 1437.

Conformément à ce texte, les tribunaux reconnaissent que l'époux bénéficiaire doit le rapport des primes payées par la communauté. C'est la même solution qu'en matière de rente viagère. Seulement ici, la jurisprudence a une tendance à considérer les primes comme dispensées du rapport par l'intention présumée du stipulant, cette intention résulte des circonstances; d'après les tribunaux la dispense de rapport ne résulte pas, en effet, nécessairement d'un acte écrit, elle peut être tacite (43).

« Considérant, est-il dit, dans un arrêt du 8 mars 1911 (44) que, si en principe, la femme commune qui recueille le bé-

(41) S. 1891. 2. 185.

(42) D. 1876. 2. 121.

(43) Cassation 11 janvier 1897 D. 97. 1473 - Douai 8 janvier 1897. D. 99. 273

44) D. 1912. 2. 321.

néfice d'une assurance contractée à son profit par le mari doit récompense à la communauté des primes qui ont été déboursées pour l'entretien et la conservation de l'assurance, il en est autrement lorsque, comme dans l'espèce, les circonstances de la cause impriment à l'assurance contractée par le mari sur sa propre tête au profit de sa femme le caractère d'une libéralité; — Qu'en ce cas, imposer à la femme le remboursement des primes que le mari, usant de la faculté qu'il tient de l'article 1422, a payées des deniers de la communauté, serait priver d'effet les intentions libérales du mari... »

Certains jugements ont même dispensé l'époux bénéficiaire de l'assurance de tout rapport ou de toute récompense pour les primes payées par la communauté, quand ces primes sont modiques par rapport aux revenus des époux (45). D'après l'arrêt précité de la Cour de Paris, du 8 mars 1911, « la femme ne saurait être tenue d'aucun rapport pour les primes, si elles ont été prélevées sur les revenus de la communauté qui étaient destinés à être consommés alors que les revenus étaient suffisants pour supporter ce prélèvement. »

Au contraire, le « rapport des primes est dû par la femme, encore bien qu'elles aient été payées au moyen de revenus de la communauté même de beaucoup supérieurs aux besoins du ménage, si les primes ont été prélevées sur la part de revenu que le mari avait l'habitude de capitaliser au profit de la communauté et s'il apparaît que l'assurance a eu pour but d'assurer immédiatement à la femme, en cas de décès prématuré du mari, les ressources qu'une capitalisation, certaine de ces revenus, pouvait lui faire espérer à la dissolution si cette communauté avait eu quelque durée ». (46).

La loi du 13 juillet 1930 a adopté très largement cette manière de voir en décidant qu'aucune récompense n'est

---

(45) Anciens 18 mai 1897. D. 98. 2. 369.

(46) Besançon 10 mars 1911 D. 12. 2. 322.

due à la communauté en raison des primes payées par elle, à moins que « celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

SECTION IV

Les indemnités en réparation d'un préjudice physique ou moral causé à l'un des époux.

Les droits personnels que nous avons vus précédemment étaient destinés, à priori, par leur nature juridique, à faire partie de la masse commune et ils en sont exclus par leur fonction. Pour les droits qui nous intéressent maintenant le principe même de leur acquisition est rigoureusement personnel à un des époux.

Il convient de distinguer la créance indemnitaire elle-même et l'action en réparation.

§ 1. — L'indemnité

A. — Arguments en faveur de la mise en communauté de l'indemnité

Certains auteurs soutiennent que ces créances doivent rentrer en communauté.

a) Ils disent, d'abord, que sous le régime de communauté légale tous les meubles font partie de la masse commune et que, par conséquent, ces indemnités étant par nature des biens meubles ne sauraient faire exception à la règle.

b) On ajoute que sous le régime de communauté réduite aux acquêts, l'industrie des époux est une valeur commune et que l'indemnité représentant cette activité humaine amoindrie ou éteinte doit, elle aussi, être considérée comme commune.

c) On a encore dit que la communauté était la véritable victime du dommage causé, (ceci spécialement lorsqu'il s'agit d'un préjudice physique) qu'elle supportait les conséquences dommageables et qu'il était logique de lui attribuer l'indemnité.

B. — Réfutation de ces arguments par la jurisprudence

La plupart des tribunaux déclarent au contraire que la créance de l'époux, contre l'auteur responsable, lui reste propre, qu'il s'agisse de communauté réduite aux acquêts ou de communauté légale.

a) Communauté d'acquêts. — Dans un arrêt, du 25 février 1897 (47), la Cour de Cassation a refusé tout droit à la société conjugale sur le capital constitutif de l'indemnité Le jugement décida que « l'indemnité allouée à un des conjoints, victime d'un accident, ne saurait être considérée comme le produit de son activité personnelle ». Cette solution, rendue en matière de communauté conventionnelle, a une portée générale.

Les tribunaux tenant compte du préjudice causé à la communauté, lui accordent le droit d'encaisser les arrérages de la rente ou les intérêts du capital alloué à l'époux victime, et même d'exiger l'indemnité pour les frais qu'elle a pu avancer à l'occasion de l'acte dommageable, mais ils lui refusent tout droit sur le capital qui doit rester propre à la victime, car il représente quelque chose comme le droit à la vie, un pur droit de la personnalité.

La jurisprudence réfutant l'argument tiré de l'article 1401, déclare qu'il existe des propres mobiliers et que la nature mobilière d'indemnités semblables ne suffit pas à les faire tomber en communauté. D'ailleurs, la loi du 9 avril 1898, sur les accidents industriel, est formelle en ce sens quand elle décide que les rentes constituées en vertu de cette loi sont incessibles et insaisissables, et cette solution mérite d'être étendue.

Dans l'arrêt du 23 février 1897 précité, la Chambre des Requêtes décida que les dommages-intérêts alloués à l'époux victime n'entrent pas dans l'actif de la communauté d'acquêts, parce que cet actif, aux termes de l'article 1498 du Code civil, se borne aux acquêts faits par les époux

(47) D. 1898. 1. 121.

durant le mariage et provenant tant de l'industrie commune, que des économies faites sur les fruits et revenus des biens propres ce qui exclut l'indemnité d'accident. Pourtant, quelques années plus tard, la Cour d'Orléans statuant elle aussi, en matière de communauté d'acquêts, se prononça en sens inverse « Attendu, est-il dit, que dans la communauté le bien propre est l'exception, qu'ils ont été limitativement énumérés par la loi et qu'on ne peut en créer de nouveaux, que l'indemnité accordée à un époux en cas d'accident est et reste un bien de communauté comme, du reste, toutes les autres créances personnelles et mobilières de chacun des époux ; — Attendu que la police d'une assurance-accidents passée par un conjoint est contractée dans l'intérêt de la communauté et doit profiter, s'il décède, tout aussi bien aux héritiers qu'au conjoint survivant, parce qu'il est de toute justice que les sommes versées par la Compagnie, en réparation du dommage causé par l'accident, profitent à toutes les personnes, veuves ou héritiers qui, retirant un profit de l'activité du défunt, éprouvent un préjudice de l'accident qui lui a coûté la vie (48). »

b) Communauté légale. — Les motifs invoqués par la Cour d'Orléans, le 31 mai 1907, paraissent insuffisants et peu soutenables, aussi la Cour de Cassation ne les a-t-elle pas acceptés. Le 13 avril 1921 (49), elle eut à se prononcer sur le même sujet, mais cette fois-ci il s'agissait d'époux mariés sous le régime de communauté légale. La Cour d'Appel de Poitiers, confirmant un jugement du Tribunal civil de Marennes, avait exclu l'indemnité de la masse commune, en se fondant sur la notion d'incessibilité. Les droits incessibles n'entrent pas en communauté. Or les forces, les facultés de l'homme, ses capacités physiques et intellectuelles, son industrie sont des éléments de sa personnalité qui ne peuvent en être détachés et constituent un droit propre. — Par suite, l'indemnité substituée à la ca-

(48) D. 1908. 1. 120.
(49) D. 1922. 2. 5.

pacité de travail perdue par la victime doit garder le même caractère. La Cour de Cassation saisie du pourvoi ne reproduit pas cette argumentation, tout en adoptant la même solution. Elle se borne à dire que « l'indemnité accordée en réparation de l'atteinte portée à la personne physique de l'époux victime et en compensation de l'amoindrissement de sa capacité de travail, a le caractère d'un bien propre dont il doit profiter intégralement par lui-même ou ses ayants-droit à la dissolution de la communauté, les revenus à en provenir entrant seuls dans l'actif commun, et devant compenser la diminution résultant pour la communauté et pendant la durée de celle-ci, de l'activité, du travail ou de l'industrie de l'époux victime de l'accident... »

Comme le remarque Capitant, dans sa note sous l'arrêt (50), la Chambre des Requêtes range l'indemnité au nombre des créances accordées « *intuitu personae* ».

§ 2. — Action en réparation d'un préjudice causé

C'est une question connexe à celle que nous venons d'envisager — On s'est demandé si l'action en réparation, à raison d'un délit, tombait en communauté ou devait rester propre à la victime.

Intérêt du problème. — La question a un intérêt particulier dans le cas où la victime est la femme, si on admet que l'action reste propre à la femme elle pourra l'intenter, si elle tombe en communauté, le mari seul aura qualité pour agir, même sans le concours de la femme — La règle admise dans l'ancien droit était libérale ; « La femme mariée peut intenter et poursuivre en jugement sans son mary, injure dite ou faite à elle. » La créance et l'action nées du délit se trouvent, dès l'origine et par nature, exclues de la communauté.

La doctrine française est en général pour l'attribution à la communauté de l'action en réparation d'un préjudice.

---

(50) Note Capitant D. 1922. 2. 5.

La jurisprudence se montre hésitante.

Dans un arrêt du 29 novembre 1865 (51) la Cour de Rennes, laissant de côté la question de l'attribution de l'action à la communauté, s'occupa uniquement du pouvoir d'administration du mari et soutint que la femme seule pouvait agir puisque seule elle était lésée. Mais la Cour de Cassation, le 23 mars 1866 (52), rejeta cette prétention par le motif que les maris, ayant « aux termes de l'article 1428, l'administration des biens, droits et actions mobilières de leurs femmes, ont, indépendamment de leur intérêt personnel, tout pouvoir pour l'exercice de ces droits et actions tant en leur propre nom et en celui de leurs femmes, placées sous leur autorité, qu'en assistant celles-ci lorsqu'elles agissent en justice avec leur autorisation. »

On peut, logiquement, conclure de cet arrêt qu'aux *yeux de la jurisprudence l'action née du délit reste propre à la femme*. C'est ce qui ressort aussi d'un jugement du Tribunal civil de la Seine, le 9 janvier 1879 (53), qui déclare l'action, un droit « attaché à la personne et en exclut l'exercice aux créanciers » « Attendu que le préjudice dont la réparation peut être demandée n'affecte que la personne elle-même de la partie lésée et seulement quant à des droits qui ne peuvent être pris et considérés par les tiers comme gage de leurs créances... »

En 1890, cette solution ne fut pas admise par la jurisprudence belge. Une femme mariée sous le régime de la communauté légale avait subi des voies de fait. Le tribunal saisi en premier ressort, posa en principe que le droit de la femme contre l'auteur du délit était tombé en communauté, car c'est une action mobilière, mais il estima que par dérogation, il y avait lieu de permettre à la femme d'intenter elle-même l'action avec l'autorisation de son mari.

---

(51) S. 1866. 2. 55.

(52) S. 1866. 1. 311.

(53) S. 1881. 1. 21.

La Cour d'Appel de Gand, le 10 décembre 1890 (54) adopta l'opinion des premiers juges en ce qui concerne l'attribution du droit à la communauté, mais elle décida que l'exercice de l'action ne pouvait légalement appartenir qu'au mari administrateur : « Attendu que l'intéressée qui ne peut s'immiscer, de quelque manière que ce soit, dans l'administration de la communauté, est non recevable à exercer en son nom personnel avec l'autorisation maritale l'action dont il s'agit. »

Les arrêts, précédemment rapportés, nous permettent de constater que la jurisprudence française, contrairement à la jurisprudence belge, est franchement libérale et favorable aux droits de la personne. Elle exclut de la communauté créance et action que la loi accorde à l'époux victime d'un préjudice physique ou moral. (55).

---

(54) S. 1891. 4. 29.
(55) Laval 27 juillet 1932. D. P. 32. 2. 169

CHAPITRE II

L'ŒUVRE DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ ET DES BIENS PROPRES DES ÉPOUX.

Comme nous l'avons vu, les régimes de communauté se caractérisent par l'existence d'une masse de biens communs à côté de biens qui demeurent propres à chaque époux. D'après le Code, biens communs et biens propres sont administrés par le mari qui possède des pouvoirs très larges en ce qui concerne la première catégorie de biens. Mais la jurisprudence, au cours du XIX^e^ siècle, est venue apporter quelques restrictions aux textes du Code civil.

SECTION PREMIERE

Administration des biens communs

..Il convient de distinguer les pouvoirs respectifs du mari et ceux de la femme sur la masse commune, car la jurisprudence tend de plus en plus à restreindre les premiers et à étendre les seconds.

§ 1. -Pouvoirs du mari sur les biens de la communauté

Dans l'ancien droit, la communauté est une association une « compagnie »,- dont les membres ont leur rôle domestique respectif sous l'autorité du mari comme chef; le mari

est seigneur et maître des meubles et de la jouissance des immeubles propres, mais il ne peut aliéner les conquêts sans le concours de sa femme, son associée. Celle-ci restant capable peut s'obliger en sa qualité d'associée dans son ménage ou dans son commerce sous l'autorité du mari et, librement par elle-même, si le mari est absent ou empêché.

Dans le courant des XIV^e^ et XV^e^ siècles, le système de la communauté conjugale subit, du fait de la renaissance du droit romain, une déformation remarquable. Le mari devient le maître quasi-absolu de la communauté, il obtient sur les conquêts un pouvoir de disposition égal à celui qu'il avait déjà sur les meubles. La coutume n'exige plus le concours de la femme à l'aliénation ou à l'engagement des conquêts, le mari peut donc les grever de dettes à lui seul. La femme ne peut obliger la communauté qu'avec l'autorisation ou le mandat du mari, elle devient une incapable à raison de sa faiblesse morale. La notion *d'imbecillitas sexus* pénètre dans le droit coutumier.

« Fresle chose est de feme, ne n'est garnie de sa propre nature, de constance et de discrétion. » (1) L'autorité maritale se transforme ainsi en une sorte de tutelle à la romaine destinée à secourir la femme comme une pupille, et à la protéger contre sa propre faiblesse.

Le Code civil n'a guère changé ces conceptions : La femme mariée est une incapable et le mari est le chef de la communauté.

En parcourant les textes relatifs à l'administration de la communauté, on se rend compte que la formule du XV^e^ siècle : le mari seigneur et maître de la communauté, est loin d'être devenue complétement inexacte dans notre droit. Cela est d'ailleurs assez naturel : la communauté, étant une société dotée de la personnalité morale, nécessite, en effet, comme toute personne morale l'existence d'un organe directeur. Or, il était impossible de choisir un administra-

(1) Bouteiller, Livre de justice et de plaid.

teur de la communauté autre que le mari, on aurait pu seulement limiter ses pouvoirs de gestion et exiger une collaboration plus étroite de la part de la femme.

Sous le couvert de la notion d'administration, le Code a investi le mari de véritables pouvoirs de disposition sur les biens de la communauté. En effet, l'art. 1421 lui reconnaît le droit d'accomplir valablement seul tous les actes de disposition à titre onéreux, et ses pouvoirs sont à peine tempérés quand il s'agit d'actes à titre gratuit. Sans doute le mari ne peut faire de donations immobilières, mais il peut, au contraire, faire des donations de biens mobiliers sous la seule réserve qu'il ne s'agisse pas de l'universalité ou d'une quotité des meubles communs et qu'il ne se réserve pas l'usufruit des biens donnés. La possibilité de faire des donations de meubles à titre particulier et en pleine propriété donne un pouvoir absolu au mari sur le mobilier de la communauté et même sur les immeubles, puisqu'il n'a qu'à vendre ceux-ci pour ensuite en donner le prix. Quand il s'agit de l'établissement d'un enfant commun, le mari a tous pouvoirs en matière de donation.

Si l'on s'en tenait à la lettre de la loi, le mari aurait des pouvoirs illimités ; il pourrait disposer à son gré de la communauté, en détourner les revenus pour satisfaire ses passions, la grever de ses dettes, la ruiner, sans être tenu de rendre aucun compte, et les intérêts de la femme seraient complètement sacrifiés. C'est pourquoi les tribunaux ont cherché à obtenir du chef de l'association conjugale une scrupuleuse gestion, soit en prononçant la nullité des actes accomplis en fraude des droits de la femme, ou des donations excessives, soit en permettant d'exiger du mari la justification de ses actes.

I. — ACTES FRAUDULEUX ACCOMPLIS PAR LE MARI.

Avant d'aborder le problème de la fraude à la loi dans ses applications aux actes accomplis par le mari, il convient de déterminer les éléments constitutifs de cette notion.

A. — LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI ET SES ELEMENTS CONSTITUTIFS.

Cette notion a eu pour domaine originaire le droit international privé, mais elle ne s'y est pas cantonnée. Elle a passé dans le droit interne et tout spécialement dans le droit civil. Notre Code est cependant muet à son sujet. Il donne seulement une définition du dol avec laquelle il ne faut pas la confondre. Il y a bien aussi les articles 1167 et 243, mais ils visent seulement des cas particuliers de fraude et ne donnent aucun principe général. La doctrine n'a élaboré une théorie de la fraude qu'à une époque relativement récente, alors que la jurisprudence en faisait depuis longtemps des applications multiples.

Certains auteurs, tels que Ripert, voient dans la fraude à la loi une règle morale s'infiltrant dans le domaine du droit. Josserand est du même avis : la maxime *frans omnia corrumpit* traduit une règle morale qui vient, non pas assurer, mais entraver l'application des règles et des institutions juridiques.

En réalité, la notion de fraude à la loi se compose de deux éléments : un élément matériel ou objectif et un élément subjectif.

L'élément matériel, c'est la violation d'une loi impérative sous le couvert de l'acquisition d'une situation légale. (2)

L'élément subjectif consiste dans la violation consciente et intéressée d'une loi impérative. On se trouve en présence de l'action constante de la notion de droit sur la vie juridique.

Voici, en résumé, la théorie générale de la notion de fraude à la loi. Nous n'y insisterons pas davantage, car tel n'est pas notre sujet. Ces quelques notions étaient toutefois indispensables pour comprendre comment il fut possible à la jurisprudence d'appliquer cette notion aux actes accomplis par le mari sur la communauté.

---

(2) M. Bonnecase, précis de droit civil, tome III p. 75

B. — APPLICATIONS DE LA FRAUDE A LA LOI AUX ACTES DU MARI SUR LA COMMUNAUTE.

L'interdiction faite au mari d'agir en fraude des droits de sa femme était d'ordre général dans l'ancien droit et s'étendait à tous les actes, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux (coutume de Paris, art. 225. cout. d'Orléans, art. 193).

A part l'art. 243 qui vise le cas exceptionnel des époux en instance de divorce, le Code civil n'a pas reproduit les mêmes réserves, mais la doctrine et la jurisprudence n'ont jamais hésité à considérer les actes du mari comme inopposables à la femme ou à ses héritiers, quand ils sont faits en fraude de leurs droits.

Faisant application de la théorie que nous avons exposée nous dirons que le mari accomplit un acte frauduleux lorsque, tout en demeurant dans les limites de ses pouvoirs, il viole cependant d'une façon consciente et intéressée la loi impérative en la détournant de son but, en essayant de la défigurer.

C'est ce qu'exprime Josserand : « Le mari se prévalant des larges pouvoirs que la tradition et notre Code civil lui confèrent sur les biens de la communauté conjugale, se livre systématiquement à des opérations préjudiciables aux intérets de sa femme, soit qu'il procède par voie d'aliénation à fonds perdu, soit qu'il consente des ventes à vil prix ou qu'il laisse dépérir les immeubles communs, faute d'entretien. Strictement de tels actes n'excèdent pas ses pouvoirs puisque l'article 1421 lui donne, ou semble lui donner carte blanche en pareille matière : *potest perdere, dissipare, abuti*. Cependant jurisprudence et doctrine, s'appuyant sur les principes généraux de notre droit et sur une constante tradition, considèrent que les prérogatives du chef de la communauté trouvent leur limite nécessaire dans la fraude; les actes que nous venons de viser sont nuls comme intervenus en fraude des droits de la femme... Comme l'écrit M. Nast, cette solution est fondée à la fois sur la tradition, sur la règle « *fraus omnia corrumpit* »

et sur l'article 1382 : en agissant par fraude, le mari commet un abus de droit, ou plus exactement un détournement de pouvoir et son acte est illicite (3).

Les tribunaux ont eu fréquemment à statuer et à discerner les éléments de fraude en matière d'actes à titre onéreux ou d'actes à titre gratuit. Leur rôle est souvent délicat et difficile. Comme le dit Troplong « la fraude est difficile à surprendre dans les actes permis de droit au mari et qu'avec de la mauvaise volonté il peut tourner contre son épouse. Cependant les tribunaux pourront examiner les circonstances; il sera de leur devoir de s'assurer d'une vigilance investigatrice et sévère pour surprendre ces infâmes machinations. Le champ des indices leur est abandonné, ils doivent y entrer avec rigueur et fermeté bien qu'avec prudence et sans passion ».

Le pouvoir d'appréciation souverain du juge devra s'exercer judicieusement pour discriminer l'acte frauduleux interdit de l'acte d'administration permis, même s'il est imprudent ou excessif. L'étude d'ensemble de la jurisprudence est intéressante car elle révèle le désir évident des tribunaux de rechercher la fraude du mari et de condamner l'acte frauduleux partout où elle peut l'atteindre. Mais il est difficile d'en dégager une théorie d'ensemble.

On estime d'ordinaire que la jurisprudence voit dans ces matières une application pure et simple de l'article 1167, mais l'action paulienne n'est pas applicable à toutes les hypothèses où les tribunaux ont prononcé la nullité pour fraude.

En effet, comme le remarque Josserand « cette nullité n'intervient pas toujours par application de l'article 1167 car les conditions requises pour le succès de l'action paulienne ne sont pas alors invariablement réunies, on peut supposer, en effet, que la femme n'était point créancière de son mari ou encore que l'acte incriminé était d'ordre pu-

(3) Josserand : les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, 1928

rement matériel; en pareille occurence l'article 1167 ne trouve pas de prise et cependant on s'accorde à reconnaître à la femme victime de la fraude, une action tendant à obtenir, sous une forme ou sous une autre, la réparation du préjudice qui lui a été causé. »

C'est justement le rôle de la jurisprudence de rechercher la fraude à travers les divers moyens employés pour la perpétrer et cela qu'il s'agisse d'actes à titre onéreux ou d'actes à titre gratuit.

A) *La fraude dans les actes à titre onéreux.*

1. *Actes simulés.* — On comprend qu'ici la jurisprudence soit intervenue facilement pour réprimer de telles fraudes. Elle a devant les yeux un acte à titre onéreux, mais c'est un acte simulé cachant derrière lui une libéralité interdite au mari par la loi que celui-ci a voulu tourner par un subterfuge. Le rôle du tribunal sera de dévoiler ce subterfuge et d'appliquer alors la présomption inscrite à l'article 1422 concernant les donations.

Nous relevons un arrêt rendu à ce sujet par la Cour de Bordeaux le 7 février 1878 (4) : *l'arrêt Berthet.*

Le sieur J. Berthet, marié sous le régime de communauté d'acquêts vend à son frère Eugène moyennant une rente viagère constituée sur sa propre tête la totalité des immeubles de la communauté. Après son décès sa femme forme contre les héritiers du défunt notamment contre Eugène B... une demande en partage des biens de la communauté et prétend qu'il faut comprendre dans ce partage les biens vendus par le défunt à son frère, la vente dont il s'agit étant nulle comme entachée de fraude. La dame Berthet étant décédée à son tour au cours du procès, l'instance est reprise par la dame Lavergne, légataire universelle. Le tribunal rend le 5 juillet 1876 un jugement qui devait être confirmé par la Cour de Bordeaux :

« Attendu que si le mari peut vendre moyennant la cons-

(4) D. 1879. 2. 194

titution d'une rente viagère sur sa tête un immeuble de communauté et si cet acte ne dépasse pas les limites de son droit, l'art. 1422 lui interdit d'en disposer à titre gratuit si ce n'est pour l'établissement d'enfants communs; — Attendu que la difficulté consiste à savoir si par acte du 23 mai 1873, B. n'a pas fait au profit de son frère une libéralité déguisée sous la forme de convention à titre onéreux; — Attendu qu'en cette matière les auteurs sont unanimes à signaler comme suspects de fraude :

» 1. La vente de l'universalité des biens de la communauté;

» 2. L'état de maladie de l'un des époux au jour de l'aliénation... »

L'arrêt remarque alors que dans l'espèce ces deux circonstances se retrouvent et que de plus il n'y a pas eu réversibilité de la rente, enfin B.. a révoqué après les donations dont il s'agit les dispositions testamentaires dont il avait auparavant gratifié son épouse. Enfin, le taux de la rente viagère montre que sous les apparences d'un acte à titre onéreux la vente du 20 mai 1873 ne renferme qu'une libéralité.

Dans cet arrêt la Cour de Bordeaux n'aborde pas de front la question de savoir si un acte à titre onéreux accompli par le mari dans les limites de ses pouvoirs peut cependant être annulé comme ayant été fait en fraude des droits de sa femme. Elle tourne la question en disant qu'il y a eu libéralité déguisée. Ce qui motive la décision, ce n'est pas le fait que la vente est conclue en fraude des droits de la femme, mais qu'elle cache une donation qui est interdite au mari par la loi. Pourtant implicitement et subsidiairement l'arrêt semble admettre qu'un acte à titre onéreux réel puisse être vicié et annulé comme frauduleux, quand il a été entouré d'un certain nombre de circonstances suspectes dont la réunion constitue réellement la preuve de la fraude.

La Chambre civile de la Cour de cassation se prononça

dans le même sens le 4 décembre 1929 (5) en décidant que la « location d'une villa et la mise en gage du mobilier la garnissant consenties par un mari à sa maîtresse n'étaient en raison des circonstances qu'une donation déguisée des biens de la communauté. »

2. — *Actes tombant sous l'application de l'article* 1167 .— Lorsqu'il n'y a pas eu de simulation la jurisprudence en face d'un acte à titre onéreux réel et sérieux s'est placée pour le faire tomber dans l'hypothèse du créancier qui fait annuler les actes de son débiteur accomplis en fraude de ses droits. Pour que l'action paulienne puisse être intentée il faut que la femme soit créancière de son mari, que celui-ci lui ait causé un préjudice en accomplissant frauduleusement un acte juridique qui a créé ou aggravé son insolvabilité.

L'action est dirigée contre le tiers qui a traité avec le mari, mais seulement au cas où il a été complice, c'est-à-dire de mauvaise foi.

La jurisprudence est depuis longtemps fixé en ce sens. Ainsi un arrêt de Colmar, le 25 février 1857 (6) a donné gain de cause à une femme victime des agissements de son mari dans les circonstances suivantes : Le sieur Hochnændel, cultivateur, marié sous le régime de la communauté vend au sieur Hirch, pour la somme de 5.000 francs, 20 pièces de terre qui ayant été acquises au cours du mariage étaient des immeubles de communauté. Quelques mois plus tard sa femme introduit une demande en séparation de corps prononcée par jugement du tribunal. Elle dirige contre son mari et le tiers acquéreur des immeubles de communauté une action en nullité invoquant le fait que la vente avait été faite en fraude de ses droits d'où elle requiert l'application de l'article 1167.

Le tiers acquéreur objecte que la femme n'a pas qualité pour agir, que le contrat de vente n'a pu être fait en fraude

---

(5) D. H. 1930 p. 17

(6) D. 1857, 2. 88

de ses droits puisqu'au moment du contrat elle n'avait aucun droit acquis.

La Cour : « Considérant que si dans la communauté la femme n'a aucun droit acquis sur les biens qui la composent, que pourtant la femme est dans la communauté un associé pour moitié, associé inerte, muet, mais qui se réveille, qui reprend parole et action pour faire tomber les actes faits au préjudice de ses droits, une fois que la dislution de la communauté lui a rendu la liberté; — Considérant que le pouvoir du mari si étendu qu'il soit a pourtant pour limites la fraude et que la loi si elle admet que la femme puisse souffrir de la légèreté ou de l'incapacité du mari, ne peut pas admettre au moins que cette femme devienne victime d'actes qui auraient été machinés en haine de ses droits... »

La Cour conclut « que les magistrats, si la fraude leur est démontrée, ont non seulement le pouvoir mais le devoir de la proclamer et de la punir en brisant les actes qui la contiennent, par application de cette règle de droit et d'équité : *malitiis non est indulgendum* ».

Les éléments de la fraude étaient en l'occasion : la mésintelligence des époux, le fait que la vente englobait tous les biens immeubles, l'insolvabilité du mari à la suite de cette opération, la vileté du prix.

De tous ces éléments de faits se dégage nettement l'intention du mari d'appauvrir la femme dans un but intéressé.

Cette dernière est dans la même situation que les créanciers visés par l'art. 1167 et son action a pour but de faire rentrer dans la communauté le bien qui est entre les mains du tiers.

La plupart des décisions rendues en cette hypothèse ne reproduisent pas une argumentation aussi étendue, mais le principe appliqué reste le même (7). Le 27 janvier 1930 (8)

---

(7) Cass. 8 Juillet 1912 D. I3. 1. 409

(8) D. H. 1930 p. 113

la Cour de Cassation a décidé de même, « qu'est nul et sans effet à l'égard de la femme le bail consenti par le mari, peu de temps avant sa mort et dans des circonstances suspectes, au profit de l'acquéreur d'un immeuble commun, à lui vendu par les époux, sur lequel ils s'étaient réservés pour partie des droits d'habitation et d'usufruit et ayant pour objet de lui donner la jouissance de la partie ainsi réservée de l'immeuble. »

3. *Actes matériels de détournement frauduleux.* — Même s'il est impossible de prouver que le mari a tiré avantage de l'acte accompli, la jurisprudence admet qu'on peut le poursuivre pour actes matériels de détournement frauduleux.

On en jugera par cette espèce qui a été l'objet d'une décision de la Cour de Paris, le 12 février 1903 (9).

Une veuve sans enfant, possédant 300. 000 francs environ se marie avec le sieur R..., qui la dupa avant son mariage en lui faisant croire qu'il avait 140.000 francs de fortune personnelle, et employa tous ses efforts pour la dissuader de faire dresser un contrat de mariage. Il trouva ainsi dans la communauté légale plus de facilité pour s'approprier ses biens, aussitôt après la célébration de l'union conjugale, il s'empressa de dénaturer les valeurs mobilières de sa femme et de les remplacer par un titre de rente foncière qu'il a vendu après l'introduction de demande en séparation de corps, en ayant recours à l'assistance d'un tiers et en faisant jouer à ce tiers un rôle dont celui-ci n'a jamais accepté la responsabilité. Il se trouva dans l'impossibilité absolue d'établir d'une façon sérieuse l'emploi des fonds provenant de la vente dudit titre et il se borna à apporter des reçus qui étant de sa propre main étaient dépourvus de toute force probante.

Le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris conclurent

---

(9) D. 1904. 2. 353.

que tous les faits de la cause démontraient qu'il y avait eu fraude.

« Attendu que ces différents faits constituent une présomption suffisante pour établir que R.. a administré frauduleusement les biens de la communauté; — Attendu que le mari doit récompense à la communauté quand il a tiré un profit personnel et aussi quand il a frauduleusement fait disparaître les valeurs versées entre ses mains. »

Ici la dette du mari a surtout le caractère d'un rétablissement d'éléments actifs qu'il avait fait disparaître de la communauté.

1re *remarque. — En prouvant la fraude et le détournement matériel, la femme peut rendre son mari passible des dispositions spéciales en matière de divertissement et de recélé.* — La femme a tout intérêt à prouver le recélé, car il en résulte dans la sanction une différence assez notable et toute à son avantage :

En prouvant la fraude elle obtient que le bien soit remis dans la masse à partager.

En prouvant le divertissement ou recélé elle a le droit de se faire attribuer exclusivement l'intégralité des valeurs détournées par application de l'article 1477.

La jurisprudence ne distingue ni les moyens employés par le mari pour arriver au détournement des biens communs, ni la nature des objets recélés.

Pourtant il ne faut pas confondre la fraude et le recélé tout en reconnaissant que le plus souvent les deux choses sont unies : la fraude du mari s'analyse alors en une manœuvre frauduleuse dont le résultat est une disparition de sommes ou de valeurs.

2e *remarque. — Une difficulté s'élève dans l'application de l'article 1477 lorsque la communauté est dissoute par la mort du mari.* — Il s'agit alors de savoir si la femme pourra invoquer à l'encontre des héritiers ou des légataires l'article 1477.

Lorsque ceux-ci ont été auteurs ou complices du détournement il est évident que l'article 1477 doit s'appliquer. Dans

un arrêt rendu le 8 *juillet 1912* (10) la Cour de Cassation déclare formellement que la « pénalité civile prononcée par l'article 1477 du Code civil atteint après le décès du mari ses héritiers ou légataires alors que ceux-ci connaissant le divertissement commis par leur auteur n'ont pas spontanément déclaré les objets divertis ou recelés. »

Lorsque les héritiers ou les légataires du mari n'ont été ni auteurs ni complices il semblerait juste que cette pénalité ne leur soit pas infligée. Cependant la jurisprudence a admis le contraire en décidant que les héritiers ne sont pas recevables, pour se soustraire à l'application de l'article 1477, « à exciper de leur bonne foi personnelle, de l'ignorance où ils ont été des manœuvres frauduleuses ».

Mais à quel titre sont-ils passibles de cette pénalité ? Dans l'arrêt de 1912, le Tribunal civil et la Cour d'Appel d'Angers déclarent que les héritiers sont tenus « du chef de leur auteur » et que la disposition de l'article1477 « ne constitue pas une pénalité ayant un caractère personnel, mais plutôt la réparation d'un dommage causé ».

Ces dispositions de jurisprudence montrent combien l'esprit des tribunaux est favorable à la femme et combien ceux-ci se montrent désireux de faire respecter ses droits.

B) *La fraude dans les actes à titre gratuit.*

Les règles appliquées par les tribunaux sont les mêmes que pour les actes à titre onéreux sauf s'il s'agit de donations exce-sives.

1. *Donation de droit commun.*

Une donation faite par le mari dans la limite de ses pouvoirs ne peut être annulée que si elle est frauduleuse. Comme pour les actes à titre onéreux la preuve de la fraude doit être fournie par la femme.

Nous relevons en cette matière un arrêt de la Cour de Liège, rendu le 22 juillet 1909 (12).

---

(10) D. 1913. 1. 409

(11) Cass. 11 novembre 1895. D. 96. 1. 44.

(12) Pasicrisie belge 1909. 2. 314. Cassation 11 novembre 1909 D. 1909. 1. 435

Le sieur J. W. dont la fortune était relativement importante s'était marié sous le régime de communauté d'acquêts avec la dame G. dont l'apport était insignifiant. Aucun enfant ne naquit de cette union et du fait du contrat il devait y avoir partage égal entre un époux et les héritiers de l'autre à la dissolution de la communauté. La femme tombe gravement malade, le mari cherche alors à s'assurer dans la liquidation imminente de la masse commune une part des acquêts qui lui paraissait proportionnel à la valeur de ses apports. Pour ces actes de disposition il cherche à s'entourer de toutes les légalités possibles. Le sieur W. « qui ne nourrit aucune haine contre sa femme, procède à quinze jours d'intervalle à deux donations mobilières à ses héritiers : l'une d'un certain nombre de titres au porteur; la seconde d'une somme de 40.000 francs en titres et deniers, au total de 120.000 francs environ. »

Quelques semaines plus tard sa femme meurt. Réclamation de ses héritiers au sieur W. et procès. La Cour de Liège estime qu'il y a eu donations faites en fraude des droits de la femme ou de ses héritiers, donations qui par conséquent doivent être annulées.

Mais quels sont en l'espèce les éléments de la fraude ? Ce ne sont ni l'importance des donations, ni la qualité des donataires. La Cour invoque simplement l'article 1395 : le mari a apporté une atteinte illégitime aux droits de son épouse et des héritiers de celle-ci.

Pourvoi en cassation. Deux moyens sont invoqués : violation de l'article 1422 et de l'article 1395 du Code civil.

L'avocat général Jaussens, rapporteur, rappelle d'abord l'article 225 de la coutume de Paris que le Code civil ne reproduit pas, mais que le législateur n'a pu vouloir abolir car il a sa source dans un principe de morale universelle; puis il fait appel à l'article 1167. La Cour de cassation belge adopta l'argumentation de l'avocat général « attendu que nul ne peut par fraude se soustraire à l'application des lois; que cette règle de morale et de raison s'impose même en l'absence de texte ».

La Chambre civile de la Cour de Cassation statua dans le même sens le 8 juillet 1912 (13).

2. *Les donations excessives. — Présomption légale de fraude.* L'article 1422 interdit au mari de disposer entre vifs à titre gratuit de l'universalité ou d'une quotité du mobilier de la communauté. Que faut-il entendre par quotité ?

Dès l'apparition du Code civil les tribunaux interprétèrent l'article 1422 d'une façon très large et se reconnurent le pouvoir d'annuler comme frauduleuses toutes les donations à titre particulier qui leur parurent excessives (14).

Dans l'*arrêt Méral* de la Cour d'Agen du 11 février 1896 (15) les faits se présentèrent ainsi : le sieur Grenier avait à plusieurs reprises emprunté à M. Méral, marié sous le régime de communauté diverses sommes dont le total s'élevait à 4.500 frs. et il en avait souscrit entre les mains de Méral une reconnaissance qui tomba en communauté. Méral fit remise de sa dette à son débiteur, donc disposition à titre gratuit et ceci sans prévenir sa femme. Méral mourut, sa veuve contesta la régularité de l'opération; celle-ci n'était pourtant qu'une disposition à titre particulier, permise en principe au mari; mais cette somme de 4.500 fr. formait en l'espèce une partie très importante de l'actif commun.

Le Tribunal de Villeneuve-sur-Lot admit la prétention de la femme en disant «qu'un tel acte de disposition se heurte à l'article 1422 du Code civil ». La Cour d'Appel d'Agen se prononça dans le même sens.

La jurisprudence se place à un point de vue tout à fait objectif : elle s'interdit de juger en fait s'il y a fraude ou non, les tribunaux ont seulement à rechercher si la donation en cause doit être considérée comme excessive. Cela est très difficile, il est impossible de fixer les limites d'une donation permise ou de dire quand elle devient excessive,

---

(13) D. 1913. 1. 409.

(14) Rouen 21 Janvier 1860 S. 61. 2. 24.

(15) S. 1899. 2. 73.

c'est une question de fait dépendant en chaque espèce de l'importance de l'actif commun : ainsi dans l'exemple que nous avons rapporté la somme de 4.500 fr. représentait une partie importante du fonds de la communauté.

Toutes les fois qu'ils reconnaissent à des dispositions à titre gratuit le caractère de donations excessives les tribunaux n'hésitent pas à leur appliquer le principe de présomption légale de fraude. Le résultat de semblables donations étant une véritable spoliation des droits de la femme on conçoit difficilement un cas où le mari puisse agir ainsi vis-à-vis de sa femme sans que ce soit en fraude de celle-ci.

L'arrêt d'Agen, que nous avons rapporté, n'invoque pas il est vrai, l'intention frauduleuse du donateur, mais cela tient, peut-être, uniquement à ce qu'il n'a pas paru nécessaire que cette preuve fut établie, l'acte lui-même ayant, au yeux du tribunal et de la Cour, paru suffisant pour être condamné aux termes de l'article 1422 du Code civil.

Mais dans d'autres décisions où il a été jugé suivant le même principe les tribunaux ont renforcé leur manière objective de juger, en invoquant l'argument de l'intention frauduleuse. Ainsi la *Cour de Rouen décida, le 25 janvier 1860* que des donations excessives d'effets mobiliers de la communauté sont, de la part du mari, justement suspectes et deviennent une véritable fraude à l'égard de la femme, surtout quand il s'agit de dons en faveur des enfants du premier lit.

N'est-il pas à craindre que ce système jurisprudentiel ne conduise à l'arbitraire ? La majorité des auteurs critiquent cette jurisprudence et ils ne voient, dans l'excès des donations, qu'un argument, un élément de preuve à l'appui du caractère frauduleux.

C'est d'ailleurs la solution à laquelle reviennent les tribunaux lorsqu'ils sont en présence d'une donation qui, bien qu'importante, n'est pas vraiment excessive. La jurisprudence abandonne alors la présomption légale de fraude pour revenir au droit commun c'est-à-dire à la preuve de la fraude par l'intention du donateur. Un jugement

du Tribunal civil de *Langres du 19 décembre 1878* (16) décide, en effet, que l'importance d'un don à titre particulier de 7.000 francs fait par un mari sans enfant à sa nièce est sans doute, pour le juge, un élément d'appréciation, mais qu'elle ne suffit pas pour faire annuler une donation qui préjudicie aux droits de sa femme; qu'il faut, par l'examen des faits de chaque cause, rechercher quel a été le mobile du disposant et n'annuler ces actes qu'autant qu'ils ont eu lieu dans une intention frauduleuse.

Cette décision montre la modération des tribunaux en la matière. On peut dire que si le système proposé par les auteurs est plus juridique à l'égard de l'article 1422, la conception jurisprudentielle est plus conforme à l'équité et à l'intérêt de la femme mariée.

II. — *Le mari est-il dispensé de rendre compte de sa gestion ?*

Le principe admis par la majorité de la doctrine, c'est que le mari chef de la communauté, est un administrateur irresponsable. La logique voudrait que le mari soit soumis aux règles qui concernent tout administrateur ou gérant d'affaire. Il devrait même avoir plus de responsabilités qu'un administrateur ordinaire par suite des pouvoirs spéciaux et très étendus dont il est investi.

La jurisprudence paraît avoir compris cette nécessité. Si elle admet, en principe, que le mari n'est pas responsable de l'issue plus ou moins heureuse de ses spéculations, si la femme, pour obtenir récompense à la communauté, doit prouver l'enrichissement de celui-ci et pas seulement l'appauvrissement de la société conjugale, elle n'est pas allée jusqu'à donner à cet administrateur, au sortir de ses fonctions, la possibilité de conserver une attitude absolument passive (17).

Comme nous l'avons vu précédemment, la jurisprudence accorde à la femme le pouvoir de faire tomber les actes

---

(16) S. 1879. 2. 22.

(17) Civ. 19 Juillet 1864. D. 65. 1. 66.

accomplis par son mari en fraude de ses droits. Les tribunaux vont même plus loin et ont, maintes fois, décidé qu'en l'absence de fraude le mari doit justifier, dans certains cas, des emplois qu'il a faits, donner des éclaircissements sur ses actes; son refus de fournir les explications demandées constituerait contre lui une présomption de fraude.

L'hypothèse la plus fréquente est celle-ci : une liquidation de communauté révèle, de façon inattendue, que des valeurs manquent à l'actif commun; la femme ou ses héritiers somment alors le mari de s'expliquer. Celui-ci ne peut se contenter de dire qu'il ignore ce que sont devenus tels ou tels biens de communauté; il est tenu de justifier de la réalité et de l'importance des dépenses qu'il prétend avoir faites et de la réalité des actes d'aliénation qu'il prétend avoir passés. C'est ce qu'a décidé la Chambre civile de la Cour de Cassation, le 7 janvier 1890 (18) :

« S'il est de règle que c'est à la femme ou ses héritiers à rapporter la preuve des faits établissant la réalisation d'un profit personnel retiré par le mari des sommes par lui prises dans l'actif de la communauté, pour laquelle il en est demandé récompense, c'est au contraire au mari qu'il appartient de justifier du chiffre même des dépenses qu'il prétend avoir faites ou des payements qu'il prétend avoir effectués, au cours de la communauté, et qu'il fait figurer dans son compte d'administration; en conséquence, le montant des dépenses ou payements portés par lui dans ledit compte, doit être réduit des sommes à l'égard desquelles il ne produit aucune justification. »

La Chambre des Requêtes a statué dans le même sens le 29 janvier 1902 (19), et la Cour de Bordeaux le 16 avril 1896 (20) spécifie que « l'obligation pour le mari d'établir

(18) D. 1891. 1. 256.
(19) D. 1902. 1. 219.
(20) D. 1899. 2. 385

l'emploi des sommes s'impose, surtout rigoureusement, quand il s'agit de sommes provenant d'opérations qui, étant faites au cours d'une instance en séparation de corps, n'échappent pas à une légitime suspicion. »

Pour se justifier le mari peut recourir à toutes sortes de preuves; ainsi vient de le décider la Cour de Cassation, le 31 janvier 1938 (21) : « Le mari, dit-elle, n'est pas tenu de faire cette démonstration (de la réalité de l'aliénation des valeurs communes) par les modes de preuve rigoureux du droit civil; il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement, eu égard aux particularités de chaque espèce, la portée des pièces ou des circonstances qu'invoque l'ancien administrateur de la communauté dissoute, pour justifier la non représentation des biens litigieux dont il avait eu, en cette qualité, l'administration ».

§ 2. — Pouvoirs de la femme sur les biens de la communauté.

D'après le Code civil, l'initiative de la femme sur les biens communs est réduite à sa plus simple expression. Elle ne peut avoir l'administration des biens communs, elle ne peut les engager que munie de l'autorisation maritale; son activité se meut donc dans un cercle fort étroit. Tant que le mari est présent et capable aucune activité propre ne lui est reconnue. Elle ne peut disposer des biens communs, que pour tirer son mari de prison ou pour établir un enfant en l'absence du mari, encore faut-il qu'elle ait sollicité l'autorisation de la justice.

Sous les régimes de communauté conventionnelle, la situation de la femme est sensiblement la même, elle est réduite à un rôle passif, négatif.

Mais on comprit vite que cette situation faite à la femme par le législateur de 1804 était vraiment défavorable.

---

(21) D. H. 1938. p. 145

La communauté étant une société civile on y retrouve, comme dans toute société, « *l'affectio societatis* » ou ferme intention de grouper les efforts de chacun, en vue d'atteindre un but commun. Il est évident que l'adoption du régime de communauté par les époux est, de leur part, la manifestation du désir de soumettre leurs fortunes à une action collective, dans le but de lui donner une meilleure destination; ils estiment que cette combinaison leur sera plus profitable, au point de vue économique, et que l'usage commun de leurs biens, les servira mieux qu'une séparation de leurs intérêts.

Puisque les époux mettent ainsi en commun leurs biens, il semblerait logique qu'ils unissent aussi leurs activités respectives, de façon à réaliser pleinement l'intérêt collectif qui les anime.

C'est dans le sens d'une collaboration entre époux que plusieurs réformes sont intervenues. De nombreuses lois sont venues atténuer ce que les textes du Code avaient de trop rigoureux à l'égard de la femme : la plus importante fut la loi du 13 juillet 1907, concernant le libre salaire de la femme mariée.

De son côté la jurisprudence a amélioré la condition de la femme commune en biens, en la considérant vraiment comme une associée.

Les tribunaux ont, en effet, décidé que le mari ne pourrait faire certains actes sans le consentement de sa femme, ils lui ont, de plus, accordé le droit d'engager les biens communs quand elle agit en vertu de ses pouvoirs domestiques.

I. — *Rôle de la femme dans les aliénations à titre gratuit.*

L'article 1422 interdit au mari de disposer, entre vifs à titre gratuit, des immeubles de la communauté, de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement d'enfants communs.

Ainsi que nous l'avons vu précédemment, la jurisprudence a assimilé les donations mobilières disproportionnées aux donations « d'une quotité du mobilier » visées

par le Code, et elle a établi que l'excès de la donation suffit à établir la fraude.

Avec ce système les donations que faisait le mari étaient singulièrement fragiles. Une seule solution était possible : faire intervenir à l'acte de disposition celle en faveur de qui les prohibitions étaient faites.

Les tribunaux n'adoptèrent pas tout-de-suite cette solution, pourtant logique. Ils décidèrent, d'abord, que deux époux ne pouvaient faire ensemble ce qui leur était interdit séparément (22).

Mais ils s'aperçurent rapidement des inconvénients que présentait un pareil système : se basant sur l'idée de copropriété, ils décidèrent alors que les époux copropriétaires de la masse commune possèdent sur elle des pouvoirs absolus lorsqu'ils sont d'accord.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée ainsi : que la femme apporte simplement son adhésion ou qu'elle soit codonatrice, elle supprime, pour l'avenir, toute possibilité d'annulation pour fraude.

Ceci s'applique à toutes donations, qu'elles soient simplement excessives ou interdites par le Code civil, même aux donations d'immeubles communs, qui ne sont plus frappés d'indisponibilité totale à titre gratuit (23).

La Cour de Cassation, le 10 février 1896 (24), pour une donation d'immeuble, déclare : « Le père et la mère qui, par un même acte, ont conjointement donné des immeubles de la communauté à un enfant commun pour favoriser son établissement, sont censés avoir voulu donner chacun pour moitié. »

Grâce à cette combinaison la femme peut par son consentement valider toutes les donations d'une façon certaine et définitive.

---

(22) S. 1855. 2. 539

(23) Cass. 31 Juillet 1867. D. 68. 1. 209

(24) S. 1900. 1. 511.

II. — *Concours de la femme aux aliénations d'immeubles à titre onéreux.*

La formule de l'article 1421, est suffisamment claire pour exclure toute idée d'intervention de l'épouse à cet égard.

Mais l'article 2116 créé, au profit de la femme, une hypothèque sur les biens du mari. Grâce à cette hypothèque, très dangereuse puisqu'elle est dispensée de toute publicité pendant le mariage, la jurisprudence a permis à la femme de s'immiscer dans les ventes. Comme nous le verrons plus loin, elle a décidé, en effet, que cette hypothèque de la femme porte à la fois sur les immeubles du mari et sur ceux de la communauté, puisqu'on ignore, pendant la durée du mariage, si la femme acceptera ou n'acceptera pas celle-ci.

La femme a ainsi sur tous les immeubles ne lui appartenant pas en propre, un droit hypothécaire virtuel que rien ne révèle aux tiers. Ceux-ci se trouvent alors dans une situation peu intéressante : en effet, l'existence d'une pareille hypothèque peut constituer, pour les tiers, à la dissolution de la communauté, une cause d'éviction, ou, tout au moins, les obliger à payer deux fois.

Ceux qui désirent traiter avec le mari en toute sécurité, ont, il est vrai, à leur disposition, une procédure de purge particulière, prévue par les articles 2193 et suivants du Code civil, mais, cette façon d'agir est fort coûteuse et fort longue; devant de tels ennuis les tiers hésiteront et les biens du mari ou de la communauté deviendront, en réalité, inaliénables.

La pratique est alors intervenue et a fait concourir la femme à l'acte d'aliénation, afin qu'elle renonce à la garantie de sa dette. Si la loi interdit à la femme commune toute intervention pour renoncer à son hypothèque en faveur de son mari, elle ne l'empêche pas de le faire en faveur d'un tiers (loi du 23 mars 1855 complétée par la loi du 13 février 1889).

Par là, depuis de nombreuses années, la jurisprudence tout en donnant aux transactions une sécurité suffisante, permet la collaboration de la femme aux aliénations opé-

rées par le mari, aucune aliénation d'immeuble à titre onéreux n'étant faite sans que la femme n'ait été appelée à intervenir.

III. — *Concours de la femme aux engagements de son mari.*

Aux termes de l'article 1409 du Code civil, c'est le mari seul qui, durant le mariage oblige la communauté, soit qu'il s'engage lui-même, soit qu'il permette à la femme de s'engager. La femme peut s'engager solidairement avec son mari pour renforcer la valeur de sa signature.

Cette façon d'agir peut être préjudiciable à la femme commune, mais apporte un nouvel accroissement à son activité.

Mais ce n'est pas là, la seule façon dont la femme peut renforcer le crédit commun. Si le mari désire emprunter on exigera, le plus souvent, de lui une sûreté immobilière, qu'il établira sur un immeuble propre ou sur un immeuble commun; cette sûreté, il ne pourra la consentir seul. En effet, avant la dissolution de la communauté on ne connaîtra pas le montant des créances que la femme a contre son mari ou contre la communauté et, en vertu de l'hypothèque légale, le second rang pourra seul être offert aux prêteurs. Ceux-ci par suite ne seront jamais sûrs de rentrer dans les fonds avancés et le crédit du mari serait ruiné.

Pour remédier à cet état de choses on fera intervenir la femme qui subrogera à ses droits le tiers prêteur. Ce procédé devient de plus en plus fréquent et la jurisprudence a été amenée à en examiner la validité. Les tribunaux contestèrent d'abord la validité d'un tel procédé qu'ils considéraient comme une atteinte à l'hypothèque légale et à l'article 2144 du Code civil. Mais les nécessités étant plus fortes que les textes, on finit par admettre la validité de telles subrogations à condition que la femme fût dûment autorisée et la Cour de Cassation admit enfin que de tels actes pourraient être translatifs quand les tiers y auraient intérêt.

La Cour Suprême admit cette solution, le 8 août 1854 (25).

« Attendu que la femme qui s'oblige solidairement avec son mari envers un tiers et qui consent à hypothéquer à la sûreté de cette obligation des immeubles de son mari affectés à son hypothèque légale transporte virtuellement à ce créancier, ses droits sur lesdits immeubles et par conséquent, son hypothèque légale avec le privilège de ne pas être soumise à la nécessité de l'inscription. »

Depuis cet arrêt, les tribunaux ont persisté dans cette manière de voir; c'est là une nouvelle façon d'intervention reconnue par la jurisprudence à la femme mariée.

IV. — *Activité de la femme agissante pour les besoins journaliers.*

Ici la jurisprudence a créé une répartition de fonctions favorable à la femme en lui permettant d'obliger le mari et la communauté sans s'obliger elle-même.

On dit, en effet, couramment que la femme mariée, théoriquement, si défavorisée par notre Code, jouit dans les faits d'une situation de premier plan au sein du ménage et y exerce des pouvoirs importants. Il est certain que, dans une large mesure, elle assure la « fonction domestique ».

Elle conclut avec les tiers la plupart des contrats par lesquels sont assurés la subsistance et l'entretien du ménage. Or le législateur de 1804 n'attribuait à la femme aucune capacité ni aucun pouvoir par lesquels puissent s'expliquer juridiquement ses initiatives et son activité, en matière domestique; bien mieux le Code civil semblait condamner, par avance, cette activité par l'incapacité rigoureuse et générale dont il frappait la femme mariée, incapacité très grande, surtout en matière de régime matrimonial de communauté, puisque l'administration de tous les biens est conférée au mari.

(25) S. 1854. 1. 521

En présence des discordances entre les faits et le droit, les auteurs et tribunaux ont été conduits de bonne heure à tenter d'élaborer une théorie juridique qui les mit d'accord. C'était difficile car deux ordres de faits demandaient une explication: d'une part le fait que la femme malgré son incapacité put valablement contracter; d'autre part le fait que les contrats qu'elle avait conclus fussent exécutoires contre le mari et la communauté.

Au début la jurisprudence a trouvé dans l'idée d'une présomption d'autorisation tacite donnée par le mari, un fondement qui lui a paru souvent suffisant à justifier le pouvoir domestique de la femme; Cour de Paris, 23 février 1849 (26). —

Mais cette conception avait le tort de ne pas cadrer avec le principe qui fait du mari le chef du ménage et elle présentait, en outre, le défaut d'être contraire aux principes formulés par l'article 217, relativement à la forme de l'autorisation maritale.

Aussi cette théorie a-t-elle été, de bonne heure, complètement abandonnée pour la théorie du mandat tacite à laquelle se réfèrent de très nombreux arrêts. Pendant très longtemps cette idée de mandat tacite ne trouva d'application qu'à propos du régime de communauté et certains auteurs étaient d'avis qu'on restreigne sa portée aux régimes communautaires, pour les raisons suivantes : les motifs, qui ont fait admettre dans la pratique le mandat tacite sous le régime de communauté, se tirent de la situation particulière qui est faite à la femme sous ce régime, où elle n'a pas de revenus à sa disposition; ils ne paraissent pas se rencontrer au même degré dans les régimes séparatistes ou dotaux.

Aujourd'hui, l'existence du mandat domestique sous tous les régimes est heureusement une question tranchée d'une

---

(26) D. P. 1849. 2. 135

manière positive et la Cour de Cassation en a fait l'application en matière de régime dotal, le 7 juillet 1896 (27).

Il n'est, en effet, pas contesté que les pouvoirs domestiques de la femme mariée existent sous l'empire de tous les régimes. Cela s'explique, au surplus, puisqu'on fait reposer l'institution sur l'article 214 et qu'on voit en elle un effet direct du mariage. L'infériorité de la femme est plus ou moins accentuée, suivant les régimes matrimoniaux, tandis que le mandat domestique est invariablement le même sous tous les régimes parce qu'il est indépendant d'eux et découle de l'organisation juridique du mariage. La grande majorité des arrêts sont, d'ailleurs, rendus sur la base du mandat tacite sans prendre en considération le régime pécuniaire des époux. La question des pouvoirs domestiques étant une conséquence directe du mariage et non du régime matrimonial adopté, n'a pas trait directement à notre sujet, aussi, nous n'y insisterons pas. Nous constaterons simplement que les pouvoirs reconnus à la femme dans le domaine du ménage, constituent sous les régimes de communauté un sérieux tempérament à l'omnipotence maritale.

SECTION II

Administration des biens propres de la femme.

La liste des biens propres varie suivant l'étendue de la communauté adoptée par les époux. Elle est nécessairement très courte sous le régime de la communauté légale, puisque tous les meubles tombent alors dans la communauté. Cependant, les époux gardent un patrimoine propre qui est susceptible de renfermer des meubles et des immeubles. La catégorie des biens mobiliers propres com-

(27) D. 1898. I. 18

prend : les meubles subrogés à des propres, les produits des biens propres, les indemnités pour dommage corporel subi par un des époux, etc...

Parmi les immeubles qui constituent des propres des époux on peut citer : les immeubles possédés par les époux antérieurement au mariage, les immeubles acquis à titre gratuit pendant le mariage et ceux acquis par suite de retrait d'indivision, les immeubles reçus à la suite d'un arrangement de famille, enfin, ceux qui ont été acquis par échange ou par remploi.

Sous le régime de communauté réduite aux acquêts le patrimoine propre de chaque époux est beaucoup plus important, puisqu'il comprend tout le mobilier présent, c'est-à-dire possédé par les époux au moment du mariage et le mobilier futur, c'est-à-dire celui qu'ils acquerront à titre gratuit au cours du mariage.

Parmi les propres mobiliers il y a une distinction à faire entre les propres parfaits et les propres imparfaits : les premiers sont ceux dont l'époux intéressé garde la propriété; les seconds visent les reprises, autrement dit les créances que l'époux a contre la communauté, soit que celle-ci soit devenue propriétaire de biens propres consomptibles par le premier usage, soit que des propres consomptibles aient été aliénés et que la créance du prix soit entrée en communauté.

Les premiers, seuls, présentent un intérêt pour nous, puisque pendant la durée de la communauté les autres sont assimilés aux biens communs — De même, seuls nous occupent les biens propres de la femme, ceux du mari se confondant avec la masse commune.

Notre Code civil est très bref sur la question de l'administration des biens personnels de la femme sous les régimes de communauté. Il n'y consacre que trois articles dont les deux derniers visent un cas spécial d'administration : les baux que le mari peut faire seul sur les biens de sa femme.

L'article 1428 alinéa 1er pose le principe dominant en la matière : « Le mari a l'administration de tous les biens

personnels de la femme. » Si l'on s'en tenait seulement à cette formule laconique on pourrait croire que le mari possède, sur les biens propres de sa femme, les pouvoirs que la loi lui accorde sur les biens communs; l'article 1421 emploie, en effet, la même formule : « Le mari administre seul les biens de la communauté. », et il ajoute qu'« il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de sa femme. »

Ne doit-on pas appliquer cet alinéa 2 à l'administration des biens propres de la femme ? Il n'est certes pas possible de faire cette extension en ce qui concerne les immeubles, car l'article 1428 spécifie que le mari ne peut les aliéner sans le consentement de sa femme. Mais, pour le patrimoine mobilier le législateur s'est montré beaucoup moins explicite, il précise seulement certains actes d'administration permis au mari quand il dit que le mari « peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme ». Il ajoute dans l'alinéa 4 : « Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires. » Ceci s'applique, d'ailleurs, aussi bien aux immeubles qu'aux meubles constituant le patrimoine propre de la femme.

Le silence du législateur de 1804 sur l'administration du mobilier de la femme s'explique par le peu d'importance qu'avait au début du XIX^e^ siècle, la fortune mobilière. Les rédacteurs du Code ne firent, en la négligeant, que suivre la maxime dont tout l'ancien droit s'était inspiré : *res mobilis, res vilis*. Mais durant le cours du XIX^e^ siècle la fortune mobilière prit un grand développement et on s'aperçut vite des lacunes du Code en cette matière. Pour y remédier la législation s'est efforcé, en certains points, de mettre les textes en accord avec l'état économique présent. C'est ainsi que la loi du 27 février 1880 est venue édicter, à l'égard des valeurs mobilières appartenant aux mineurs, des règles de protection appropriées à leur importance.

En ce qui concerne les régimes de communauté le législateur n'a rien tenté pour établir l'harmonie entre les textes

du Code et la situation nouvelle, née du développement de la fortune mobilière au cours du XIX^e^ siècle.

Le problème s'est alors posé en doctrine et en jurisprudence.

§ 1. — Etendue des pouvoirs du mari sur la fortune mobilière de sa femme.

I. — Certains *auteurs de l'Ecole de l'Exégèse ont soutenu que le mari peut disposer librement des biens mobiliers de sa femme.* Telle est la doctrine préconisée par Aubry et Rau, dans le t. VII du « Traité de Droit civil ».

Mais la *jurisprudence suivie par une majorité de la doctrine contemporaine se sont prononcés en sens contraire :*

1) Aubry et Rau et les partisans de la même doctrine soutenaient d'abord que l'article 1428 reste muet sur les aliénations de meubles, alors qu'il dénie au mari commun en biens le droit d'aliéner les immeubles de sa femme. Ne devait-on pas en déduire *a contrario* que les aliénations de meubles lui étaient permises ? On répond à cela que si le législateur a passé sous silence la question des propres mobiliers, c'est, sans doute, parce qu'il n'a pas songé à eux, à raison de leur rareté sous le régime de communauté légale dont l'article 1428 s'occupe uniquement.

2) Le second argument invoqué par ceux qui veulent reconnaître au mari le droit de disposer du mobilier de sa femme, était le suivant : le 2^e^ alinéa de l'article 1428 donne au mari le droit d'exercer les actions mobilières propres à la femme, le droit, par conséquent, de poursuivre le paiement des créances, pourquoi ne pourrait-il pas en disposer ? Mais le pouvoir de toucher une créance n'emporte pas nécessairement le droit d'en disposer : aliéner une créance est, en effet, quelque chose de plus grave que d'en toucher le montant.

Sans doute, en matière de régime dotal la jurisprudence a émis la solution opposée. Se basant sur l'article 1549

qui reconnaît au mari le droit de poursuivre les débiteurs des créances dotales et d'en recevoir le remboursement, elle a décidé qu'il pouvait de même en disposer (28).

Mais sous le régime dotal la femme est protégée contre les abus de pouvoirs de son mari par l'hypothèque légale qui est incessible et ne peut faire l'objet d'aucune subrogation de la part de la femme. Sous les régimes de communauté, il n'en est pas de même : la femme peut parfaitement renoncer à son hypothèque ou y subroger des tiers, les garanties de restitution de la dot sont donc moindres, et il est normal d'établir une distinction des pouvoirs du mari sous les deux régimes matrimoniaux.

3) Enfin, en dernier lieu, Aubry et Rau tiraient argument de l'article 1449, qui concède à la femme séparée de biens la libre administration de son patrimoine et lui reconnaît formellement le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner. On ne saurait tirer de ce texte un argument en faveur du droit de disposition du mari commun en biens. Ce sont là deux questions bien distinctes que celle du droit de la femme séparée de biens d'aliéner son mobilier et celle du droit du mari commun en biens d'aliéner le mobilier propre de sa femme. Quand l'article 1449, en effet, permet à la femme de disposer de son mobilier, il tranche une question de capacité, la femme étant propriétaire de ce mobilier qu'on lui reconnaît le droit d'aliéner. (On peut, d'ailleurs, remarquer que les tribunaux ont interprété l'article 1449 d'une manière très restrictive.)

Au contraire, dans l'hypothèse qui nous occupe il s'agit d'une question de pouvoirs, le mari n'étant pas propriétaire des meubles propres de l'épouse; il est, par conséquent, logique qu'il possède moins de droits que la femme séparée de biens.

La situation du mari est identique, en principe à celle de tout usufruitier : à l'égard du mobilier personnel de sa

(28) Cass. Civ. 6 Décembre 1859. D. P. 59. 1. 501

femme dont la communauté a la jouissance, il ne peut faire que des actes d'administration, la femme reste nue-propriétaire de ses propres.

II. — Telle est la *solution adoptée depuis très longtemps par la jurisprudence* (29) et par la majorité des théoriciens modernes.

Nous reproduisons une des premières décisions jurisprudentielles rendues par la Cour de Cassation. C'est une sentence prononcée par la *Chambre des Requêtes le 5 novembre 1860* (30) *: l'arrêt Rigollot.*

Les époux Rigollot s'étaient mariés sous le régime de communauté et ils avaient inséré dans leur contrat de mariage la clause suivante : entrera en communauté de la part de chaque époux 500 francs ce qui formera un fonds commun de 1.000 francs, le surplus restera propre à chaque époux. Parmi les apports de la dame R. se trouvait la somme de 30.000 francs provenant pour moitié de la succession du père de cette dame et pour l'autre moitié d'un don manuel fait par la dame Hélie, sa mère. La dame Hélie et Jacquirot son second mari souscrivirent au profit de la dame Rigollot une reconnaissance de cette somme qu'ils s'engageaient à payer solidairement. Le 18 octobre 1842, le sieur Rigollot céda au sieur M..., en payement d'un office de notaire, la créance due à sa femme. Plus tard, la dame Rigollot obtint la séparation de biens et demanda la nullité de cette cession.

Le Tribunal de Chaumont donna droit à sa requête, ainsi que la Cour d'Appel. Pourvoi en cassation fut introduit par le sieur M. sur violation de l'article 1428 et fausse application des articles 1500, 1501 et 1595 : le demandeur soutint que les meubles réalisés tombent en communauté sauf récompense. Mais la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi :

---

(29) Req. 2 Juillet 1840 D. P. 40. 1. 214
(30) D. 1861. 2. 81

« Attendu que le mari n'a de droits sur le mobilier apporté par sa femme que comme chef de la communauté ou comme administrateur des biens de sa femme; qu'en qualité de maître de la communauté, il peut disposer de ce qui la compose et non des valeurs qui en sont formellement exceptées; que, d'un autre côté, son *droit d'administrer les propres de son épouse est exclusif du droit de les aliéner.*

« Attendu que s'il peut exercer seul les actions mobilières de sa femme, toucher ses capitaux ou autres choses fongibles et en disposer à la charge d'en rendre compte à la dissolution de la communauté, il ne s'ensuit pas qu'il puisse aliéner des valeurs mobilières, telles qu'un titre de créance qui ne se consomme point par l'usage, qui peut être représenté en nature et auquel une clause expresse a imprimé un caractère propre, que s'il en était ainsi, il arriverait souvent que, par suite du désordre des affaires du mari, la femme se trouverait dépouillée d'un bien qu'elle a voulu soustraire à cette chance de perte; qu'enfin, le résultat d'une pareille extension donnée aux pouvoirs du mari serait d'attribuer à ses créanciers personnels le droit de poursuivre les biens propres de la femme comme chose de la communauté... »

Un jugement rendu le 4 août 1862 (31), dans un cas semblable consacre la même solution et la jurisprudence est demeurée constante.

III. — *Le système jurisprudentiel a fait naître la question suivante :* du moment que le mari ne peut, en principe, aliéner les propres mobiliers de l'épouse, à *quelles conditions ces aliénations sont-elles possibles* ? Elle ne seront possibles que du consentement de l'épouse dûment autorisée. Mais dans quelle forme ce consentement doit-il être donné ? Sur ce point, la loi n'a rien prescrit. Un arrêt de la Cour de Cassation du 19 août 1857 (32), semble exiger

---

(31) D. 1862. 1. 480

(32) D. 1857. 1. 339

un consentement exprès : « Attendu, dit cet arrêt, que si le mari peut, en vertu d'un mandat qu'il tient de la loi, recevoir les capitaux qui sont dus à sa femme, il ne peut obliger celle-ci envers les tiers sans son consentement exprès. »

La thèse contraire a été formellement consacrée par un arrêt de la Chambre civile du 17 décembre 1872 (33). Aux termes de cet arrêt, « l'existence d'un mandat donné par la femme au mari peut s'établir au moyen d'un commencement de preuve par écrit résultant de la correspondance de la femme et appuyé d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes ». D'autres arrêts plus récents admettent cette dernière solution et décident que le mandat donné par la femme à son mari, en vue de l'aliénation de ses propres mobiliers peut être donné tacitement.

§ 2. — La notion d'acte d'administration appliquée aux pouvoirs du mari sur les biens propres de la femme.

Puisque la jurisprudence, d'accord en cela avec la doctrine actuelle, décide que le mari, administrateur des propres mobiliers de l'épouse, n'a pas le droit de les aliéner, il importe de tracer une ligne de démarcation entre les actes d'administration et les actes de disposition, de façon à déterminer d'une manière précise les actes susceptibles de rentrer dans la notion d'administration.

Nous avons vu que la notion d'administrateur est susceptible de revêtir des sens plus ou moins larges suivant les cas : on distingue, en effet, les administrateurs *lato sensu* qui ont à la fois des pouvoirs d'administration et des pouvoirs de disposition ; c'est le cas du mari à l'égard des biens communs. A l'opposé, on trouve les administrateurs

(33) D. 1873. 1. 154

stricto sensu ne pouvant accomplir que des actes d'administration : ainsi le mari sur les biens personnels de sa femme dans les régimes de communauté, ou le tuteur sur les biens du mineur...

On classe souvent, aussi, les administrateurs d'après les rapports qui les unissent aux biens dont ils ont la gestion. On distingue alors les personnes gérant leur propre patrimoine et celles qui gèrent le patrimoine d'autrui, les notions de pouvoir et de capacité d'exercice traduisant ces rapports. Les personnes qui administrent le patrimoine d'autrui sont réduites généralement aux actes d'administration : il en est ainsi pour le mari muni d'un pouvoir sur les propres de sa femme; ceux qui gèrent, au contraire, leur patrimoine, ont une capacité d'exercice plus ou moins étendue pouvant aller jusqu'à l'acte de disposition : le mari sur les biens communs, la femme séparée de biens sur son patrimoine, d'après l'article 1449.

Malgré les sens les plus divers qu'est susceptible de revêtir le terme d'administrateur, nous retrouvons partout la notion d'acte d'administration et, comme nous l'avons dit précédemment, c'est la notion d'acte d'administration qui traduit la limite des pouvoirs du mari sur les propres de sa femme en matière de régimes de communauté.

I. — Mais *qu'entend-on par acte d'administration ?* Il est nécessaire de savoir exactement ce qu'est l'acte d'administration de façon à l'opposer à l'acte de disposition qui est interdit au mari, à l'égard des biens propres de sa femme.

Le Code. — Le Code civil n'en a pas donné de définition. Il s'est contenté de faire de multiples applications de la notion d'acte d'administration par opposition, la plupart du temps, à l'acte de disposition. Il parle tantôt de « pure administration », tantôt d'« entière administration », ou « d'actes de mise en valeur », mais sans plus de précision.

La Doctrine. — En présence d'une telle lacune les juristes ont cherché de bonne heure quel pouvait être le

critérium de l'acte d'administration. Pour Laurent « tout acte qui n'entraîne pas une aliénation est, par cela même, un acte d'administration ».

On s'aperçut que ce critérium était discutable, car l'acte d'aliénation peut être un acte d'administration, quand il porte sur le revenu, par exemple.

Planiol dit que les « actes d'administration ont pour caractère propre de n'engager l'avenir que pour un temps court et d'être, par suite, fréquemment renouvelables, tandis que les actes de disposition l'engagent définitivement ». C'est vraiment insuffisant.

Trasbot qualifie la portée positive de l'acte d'administration de « mise en valeur normale » : « Est dit acte d'administration tout acte juridique quelconque, lorsque par rapport à l'ensemble d'un patrimoine donné, ledit acte apparaît, comme accompli par son auteur dans le but d'assurer à la fois la conservation et la mise en valeur normale de ce patrimoine ou d'un ou plusieurs de ses éléments dans des conditions déterminées légalement et sous la menace d'une sanction appropriée. »

Pour Goldschmidt il y aurait autant de critériums de l'acte d'administration que de catégories d'administrateurs : pour la femme séparée de biens ce serait l'acte opportun; pour le mandataire administrateur l'acte d'administration serait « celui qui dérive naturellement de la nature même des choses et qui semble en constituer le mode de gestion normal », etc... La notion d'acte d'administration serait, ainsi, surtout subjective et essentiellement variable; c'est la négation même de tout critérium..

A l'encontre de cette théorie, M. Bonnecase a donné une notion objective à portée positive et à essence invariable de l'acte d'administration. Pour s'en rendre compte il suffit de reproduire la formule qu'il donne de l'acte d'administration et qui synthétise sa théorie: « L'acte d'administration est un acte juridique concernant un bien individualisé ou un patrimoine de famille considéré dans ses éléments concrets, et tendant soit à la mise en valeur de l'élément

capital de ce patrimoine par définition essentiellement stable, soit à l'appropriation ou à l'utilisation des revenus de cette mise en valeur, sans que l'existence au sein du patrimoine, l'individualité ou la valeur dudit élément capital soient en rien compromises. »

Avec cette notion objective de l'acte d'administration il est facile de déterminer les pouvoirs du mari sur les propres de sa femme : il pourra accomplir seul tous les actes qui rentrent dans la formule sus-énoncée, mais rien que ceux-là.

La Jurisprudence. — En présence de l'incertitude doctrinale qui persiste encore en la matière que fit la jurisprudence ? A-t-elle adopté un des critériums exposés ou en a-t-elle formulé un nouveau ?

La jurisprudence n'a pas cherché à établir un principe de l'acte d'administration; en parcourant les solutions diverses, parfois opposées, on se rend compte qu'elle s'est inspirée d'une notion large, adaptée aux besoins, sans doute pratique, mais peu scientifique.

II. — *Trois caractères se dégagent de l'ensemble de la jurisprudence vue in abstracto :*

a) Tout d'abord les *juges n'ont pas établi une classification rigide entre les divers actes juridiques :* ils ont souvent confondu les actes d'administration et les actes de disposition. On s'en aperçoit facilement en parcourant les jugements relatifs aux pouvoirs du père administrateur légal, avant la loi du 6 avril 1910.

Considérant que la nature d'un acte est variable, la jurisprudence ne pouvait admettre l'existence d'un véritable critérium qui permette de déterminer cette nature et de discerner avec exactitude dans chaque cas particulier, les actes permis des actes interdits.

b) La jurisprudence *s'inspire de « circonstances personnelles »* pour donner à la notion d'acte d'administration une extension plus ou moins grande : pour elle, cette notion a une compréhension plus ou moins étendue selon qu'elle concerne un administrateur de son propre patrimoine, ou un administrateur du patrimoine d'autrui. Dans

quelques jugements, en effet, la jurisprudence fait rentrer dans sa conception, les considérations personnelles, subjectives de pouvoir et de capacité.

c) Plus souvent, les tribunaux s'inspirent pour rendre leurs décisions *de « circonstances matérielles et objectives »* : le caractère de l'acte est fonction des circonstances et ces dernières étant nombreuses et complexes aucun principe ne s'en dégage. Le juge se borne à dire, dans chaque espèce, que l'acte envisagé est un acte d'administration ou un acte de disposition, vu les circonstances. Les solutions rendues ne peuvent être que des solutions concrètes, variables avec chaque espèce.

Telles sont les idées générales que l'on peut déduire de la jurisprudence relative à l'acte d'administration.

III. — *Etude concrète de la jurisprudence relative aux actes d'administration du mari sur les biens propres de sa femme :*

Avec ce système on conçoit qu'il est impossible de déterminer, d'une façon précise et invariable, les actes que le mari peut accomplir sur les propres de sa femme. Les tribunaux ont eu à se prononcer, parfois, au sujet de certains actes que l'on hésitait à ranger dans telle ou telle catégorie par suite de leur caractère complexe et de l'imprécision que revêt la notion d'acte d'administration dans notre droit positif. Nous en donnerons quelques exemples.

a) Conversion de titres nominatifs en titres au porteur

Le principe jurisprudentiel étant que les actes de disposition sont interdits au mari, il s'agit de savoir si la conversion de titres nominatifs en titres au porteur est un acte d'administration ou de disposition. Sur le plan strictement juridique cette opération n'est, sans doute, qu'un simple changement de forme, mais elle présente un grave danger dans sa fonction économique, car elle peut être une étape vers l'aliénation : les titres au porteur sont, en effet, assimilés aux meubles corporels et l'article 2279 met le plus souvent les acquéreurs à l'abri de toute revendication. Le point de savoir si cette faculté appartient au mari seul apparaît donc comme un fait capital en la matière.

Sur cet important problème des pouvoirs du mari en matière de conversion on ne peut pas dire qu'il y ait unanimité entre les arrêts, car la jurisprudence n'a pas dit que la conversion devait être, en principe, un acte de disposition : une seule décision est catégorique (34) : « Attendu, dit la Cour de Lyon, que si une jurisprudence importante a considéré la conversion des titres nominatifs en titres au porteur comme un acte d'administration, cette jurisprudence doit, aujourd'hui, fléchir devant le principe posé par l'article 10 de la loi du 27 février 1880. »

Cette décision a été désavouée par la jurisprudence postérieure qui permet régulièrement cette opération à la femme séparée de biens (35).

Dans l'hypothèse qui nous intéresse spécialement, relative aux pouvoirs du mari sur les propres de sa femme, quelques décisions isolées ont refusé au mari le pouvoir d'opérer la conversion, mais *la majorité de la jurisprudence est en sens contraire et considère la conversion comme un acte d'administration.* Deux décisions du Tribunal de la Seine ont été rendues en ce sens : l'une du 23 mars 1882 (36); l'autre du 17 novembre 1893.

b) Acte juridique d'aliénation. —Malgré la gravité qui lui donne, souvent, le caractère de disposition la jurisprudence donne parfois à l'époux le droit d'aliéner à titre d'administrateur. Etant données les circonstances elle décide, dans certains cas, que des actes d'aliénation peuvent rentrer dans le cadre des actes d'administration. Les tribunaux admettent très largement ce principe en ce qui concerne la femme séparée de biens, malgré leur interprétation restrictive de l'article 1449 : la femme séparée de biens peut aliéner son mobilier, dans la mesure des besoins de l'administration de son patrimoine.

Au contraire, la jurisprudence n'a accordé au mari le pouvoir d'aliéner les biens de sa femme qu'avec une grande

---

(34) Lyon 20 Janvier 1882. S 84. 2. 205

(35) Cassation 8 février 1870 S. 70. 1. 139. Trib. civ. Seine 17 nov. 1893,

(36) rép. du not. 1883 art 953

réserve, car, en pratique, les circonstances démontrent que l'aliénation présente rarement pour lui le caractère d'un acte sage.

1. Le problème s'est posé en matière de *cession anticipée de loyers propres à la femme.* La Cour d'Appel de Saint-Denis (Réunion) décida que le mari avait le droit de disposer par anticipation des loyers à échoir après la dissolution de la communauté, et que la femme ne pouvait recourir contre les fermiers qu'au cas où ils seraient convaincus de collusion frauduleuse avec le mari.

Mais cette thèse était inconciliable avec le principe précédemment posé par la jurisprudence elle-même, à savoir que le mari ne peut aliéner les créances de sa femme; aussi la Cour de Cassation condamnant par un arrêt du 18 août 1868 (37) la thèse adoptée par la Cour de Saint-Denis, posa tout d'abord en principe que le mari « ne saurait avoir le droit absolu de disposer par anticipation des loyers à échoir après la dissolution de la communauté ».

Mais elle ajoute aussitôt que toute clause de cession anticipée des loyers à échoir, sera valable lorsqu'elle aura été introduite dans le bail, sous l'influence de circonstances de nature à valider la clause ? Ce sera, tout d'abord, ce fait qu'elle sera conforme aux usages et même en dehors des usages, elle sera encore valable si elle ne porte que sur des sommes relativement faibles eu égard à la situation des époux.

La solution ainsi adoptée, par la Cour suprême, montre que, pour la jurisprudence, le caractère d'un acte est fonction des circonstances.

2. — Elle fait appel au même principe quand elle fait entrer dans les pouvoirs du mari, en les assimilant aux actes d'administration, certains actes qui constituent très nettement des aliénations. Ces aliénations qui entrent, ainsi d'après la jurisprudence, dans les pouvoirs du mari, sont *les aliénations urgentes et sages* (38).

---

(37) S 1869. 1. 17. D. 68. 1. 371

(38) Cassation 21 juin 1870 S. 71. 1. 49; Paris 23 mars 1869. S. 69. 2. 172

Le tempérament ainsi apporté par les tribunaux à l'interdiction d'aliéner faite au mari soulève une délicate question d'appréciation de la part du juge, celle de savoir si telle aliénation est ou non urgente ou sage.

3. — C'est aussi en envisageant les conditions dans lesquelles une *vente de cheptel* propre à la femme fut consentie par le mari, que la Cour de Cassation rendit, le 31 juillet 1929 (39), l'arrêt suivant :

« Attendu que *l'interdiction faite au mari d'aliéner seul les biens propres de sa femme commune en biens s'étend à tous les actes de disposition qui dépassent la simple administration* (article 1428 - 3e al.).

« Attendu que si des circonstances particulières peuvent exceptionnellement autoriser le mari dans les limites de ses pouvoirs d'administrateur à modifier la consistance du cheptel attaché à l'exploitation d'un domaine propre à sa femme, il n'en saurait être ainsi quand il appert, comme en la cause, que la modification apportée par le mari, d'accord avec le fermier, aux clauses du bail relatives au cheptel n'a eu pour objet que de permettre au profit exclusif du mari l'aliénation des éléments qui le composaient; que l'ensemble de cette opération, dont on ne saurait isoler les phases successives pour les apprécier séparément, constitue au plus haut degré un acte de disposition portant sur un bien propre de la femme et qui n'est à aucun point de vue assimilable à un acte d'administration, tel que celui qui consiste, pour le mari, à recevoir du fermier, en fin de bail, le montant d'un déficit de cheptel qu'il n'a pas contribué à créer... Casse l'arrêt de la Cour d'Appel de Bourges, rendu le 25 mars 1924. »

Ce jugement rendu par la Chambre civile de la Cour de Cassation est très intéressant, car il étend aux pouvoirs d'administration du mari le critérium établi par de nombreux arrêts, pour la femme séparée de biens. En effet, le

(39) D. 1931. I. 81

principe qui se dégage du premier attendu c'est que le mari peut accomplir sur les biens propres de sa femme commune en biens les actes de disposition qui ne dépassent pas la simple administration. Peut-être est-il possible de voir dans cet arrêt l'aurore d'une jurisprudence nouvelle relativement aux pouvoirs du mari sur les biens de sa femme.

c) Les tribunaux ont eu aussi à se prononcer en *matière de transaction.* C'est un acte plus grave même que l'aliénation, car l'administrateur inexpérimenté court le risque d'aliéner un élément du patrimoine sans contre-partie. Pourtant, la jurisprudence a permis au mari la résiliation d'un bail de quinze ans, tandis que le locataire renonçait à une action en justice (40).

Elle lui a permis, également, de renoncer à des bénéfices possibles sur des actions de sa femme, moyennant quoi toutes précautions étaient prises pour éviter une perte de capitaux immédiate (41). Cette transaction fut déclarée valable, car il ressortait des circonstances que l'abandon d'un élément du patrimoine « était dicté par des motifs de sage administration ».

Une décision du Tribunal civil de la Seine, 20 juillet 1929 (42), se prononça en sens contraire à propos d'une action en indemnité pour blessures occasionnées à une femme par un tiers. Malgré le caractère personnel de l'action, le mari avait pu l'intenter, car les juges ont estimé que cet acte rentrait dans les mesures de son administration, mais on ne lui a pas permis de transiger en cours d'instance, tandis que la femme pouvait le faire.

d) La jurisprudence décide que le mari peut *subroger un tiers dans les créances appartenant à la femme*, car la capacité requise pour consentir une subrogation est celle de recevoir un paiement et non pas de faire une cession. Il y a bien transmission de créance, dit-elle, mais cette

---

(40) Paris 26 avril 1850 S. 51. 2. 793
(41) Civ. 21 juin 1870. S. 71. 1. 49
(42) G. P. 1929. 2. 634.

transmission est purement fictive, c'est en vertu d'une fiction que la créance éteinte par le paiement est réputée survivre avec ses accessoires.

e) Par contre la *dation en paiement* est interdite au mari qui ne peut acquérir un immeuble pour le compte de la femme aux lieu et place de sa créance.

f) Il en est de même pour la *surenchère.* Un arrêt, très ancien de la Cour de Caen, 20 juin 1827 (43), a bien accordé au mari le droit de surenchère dans l'adjudication d'un immeuble garatissant une créance propre de la femme. Mais, après quelques hésitations, la jurisprudence semble interdire la surenchère au mari parce que c'est un acte grave pouvant entraîner des obligations hors de proportion avec la mission dont il est investi (44). Deux arrêts plus récents, l'un de la Cour de Cassation, 23 avril 1925 (45); l'autre de la Cour de Paris, 25 avril 1928 (46), se sont ralliés à cette opinion.

IV. — *Appréciation de la jurisprudence relative à la notion d'acte d'administration appliquée aux pouvoirs du mari sur les propres de sa femme.* — Comme nous l'avons vu les tribunaux se sont inspirés d'une notion pratique, courante, maléable, adaptée aux besoins. Ainsi que le remarque M. Maurandi dans sa thèse (Recherches sur le problème de l'administration des biens de la femme mariée), le « juge peu soucieux de la portée scientifique des règles de droit, tend, avant tout, à la satisfaction des intérêts légitimes : but final de toute interprétation juridique. C'est donc pour satisfaire l'équité et non pour lui faire violence qu'il est souvent rendu des décisions apparemment contradictoires. »

Plus près de la réalité que les théoriciens, les tribunaux ont voulu satisfaire les intérêts particuliers, dans la mesure

---

(43) S. 1828. 2. 183
(44) Req. 16 Décembre 1840 S. 1841. 1. 11
(45) S. 1925. 1. 131
(46) S. 1928. 2. 130

où ils s'accordent avec les besoins sociaux et leur critérium a consisté à rechercher, d'après les circonstances, les mesures d'une sage administration.

Les juges n'ont pas donné une définition de l'acte juridique d'administration, ce n'était, d'ailleurs, pas leur but. On peut seulement regretter qu'ils n'aient pas été guidés dans leurs solutions par une notion plus précise de l'acte d'administration, ce qui aurait été un frein au danger d'arbitraire toujours à redouter.

CHAPITRE III

L'ŒUVRE DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE LIQUIDATION DE LA COMMUNAUTÉ

A la dissolution de la communauté, avant de procéder au partage des biens communs, il convient de procéder à la liquidation de la communauté, c'est-à-dire à la constitution exacte de la masse à partager. Pour cela il existe diverses opérations préliminaires qui se répartissent en deux catégories : la reprise des biens propres en nature à chaque époux, la reprise des biens propres en valeur ou les récompenses.

Ces opérations préliminaires ont donné lieu à certaines discussions, spécialement en ce qui concerne la preuve des reprises mobilières, la nature spécifique des reprises de la femme et l'assiette de son hypothèque légale.

SECTION I

Preuve des reprises mobilières

A la dissolution du mariage ou lors d'une séparation de biens judiciaire il faut liquider le régime matrimonial par le règlement des intérêts pécuniaires. C'est ici qu'apparaît

la question des preuves des reprises, question importante surtout pour les régimes de communauté parce qu'ici il existe pour tous les biens des époux une présomption de communauté, qu'ils auront à combattre le cas échéant.

La question de la preuve des reprises ne présente guère d'intérêt qu'en ce qui concerne la femme. L'hypothèse la plus fréquente est celle qui met en présence la femme désireuse d'exercer ses reprises et les créanciers de la communauté ou du mari tombé en faillite.

Pour les reprises immobilières il n'y a pas de sérieuses difficultés sous le rapport de la preuve à fournir, il s'agit moins d'une reprise, proprement dite, que d'une simple distraction de fait. C'est le droit commun des preuves qui intervient.

Mais pour les meubles il n'en est pas de même, il n'y a pas toujours un titre d'acquisition qui en révèle l'origine et ils peuvent changer de place sans laisser de traces.

Dans l'ancien droit, le problème de la preuve des reprises ne se présentait pas, car en droit et en fait, les biens mobiliers propres aux époux étaient pour ainsi dire inexistants. C'est seulement au XVI^e^ siècle, avec l'apparition des clauses de réalisation et de séparation de dettes que se pose la question des reprises. La preuve ne pouvait se faire que par inventaire, mais c'était une formalité gênante aussi la jurisprudence se contenta-t-elle d'une simple preuve établie par écrit. Dès le début du XVII^e^ siècle on permit à l'époux propriétaire d'un mobilier propre d'en faire la preuve par tous les moyens. A défaut de tout autre mode de preuve, les tribunaux autorisaient que l'on procédât à l'enquête par la commune renommée.

Les rédacteurs du Code civil firent réaction contre ce système trop libéral et eurent surtout en vue l'intérêt des créanciers. Le Code civil ne présentait, d'ailleurs, que des solutions fragmentaires sans précision aucune : l'article 1499 établissait une présomption de propriété du mobilier en faveur de la masse commune. Il était, en effet, ainsi conçu : « Si le mobilier existant lors du mariage, ou échu

depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt. » Il y avait ainsi dérogation au droit commun en matière de reprises mobilières.

L'article 1504, il est vrai, apportait une atténuation à cette règle en ce qui concerne les meubles échus à la femme pendant le mariage : s'il n'avait pas été dressé d'inventaire « la femme ou ses héritiers sont admis à faire la preuve, soit par titres soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur du mobilier. »

Ces deux textes ne semblaient établir aucune distinction suivant qu'il s'agissait d'une reprise en nature, en vertu d'un droit de propriété ou d'une reprise en valeur, en vertu d'un droit de créance; de même il n'y avait aucune précision suivant qu'il s'agissait d'exercer la preuve à l'encontre de l'un des époux ou vis à vis des créanciers :

En présence de ces textes fragmentaires et contradictoires, les tribunaux eurent souvent à se prononcer, surtout à propos du régime de communauté d'acquêts. Cela se conçoit aisément; sous le régime de communauté légale le problème de la preuve des reprises mobilières se présente rarement car en principe tout le mobilier présent et futur est commun. Au contraire lorsque le contrat de mariage comporte des clauses restrictives ou modificatives de la communauté légale, ayant pour effet de rendre propre tout ou partie du mobilier, la question de la preuve des reprises prend toute son importance.

Dès le début, la jurisprudence interpréta les textes comme impliquant la nécessité de la distinction des rapports des époux entre eux et des rapports des époux avec les créanciers.

§ 1. — La preuve entre époux des reprises mobilières

Là encore la jurisprudence distingua suivant qu'il s'agissait du mobilier apporté par les époux au moment de leur mariage ou du mobilier qui leur était advenu durant le mariage.

I. *Reprise entre époux du mobilier présent.* — D'après

l'article 1499 le mobilier existant lors du mariage était réputé « acquêt » s'il n'avait été constaté par un inventaire ou état en bonne forme. Ce texte était rédigé de façon très explicite et il en ressortait que les époux pour exercer leurs reprises devaient apporter de leur droit une preuve indubitable.

Cependant, la jurisprudence estima que l'énumération des moyens destinés à faire tomber la présomption de l'article 1499 n'était pas limitative dans les rapports des époux entre eux, car ici la preuve contraire n'était écartée expressément par aucun autre texte. *La présomption de l'article 1499 était considérée comme juris tantum* et pouvait être combattu par tous les moyens de preuve.

Un vieil arrêt de 1831 dit : « C'est aux tribunaux et Cours royales qu'il appartient d'apprécier les preuves supplétives qui peuvent être fournies (par les époux) pour justifier les demandes en prélèvement de leurs apports respectifs. »

Depuis cette époque l'opinion de la Cour suprême n'avait pas varié ainsi que le prouve cet arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 juillet 1872 (1) : « Si la disposition de l'article 1499 doit recevoir son application littérale et rigoureuse à l'égard des créanciers qui aux termes de l'article 1510 peuvent poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié comme sur les autres biens de la communauté il n'en est pas de même quand il s'agit de déterminer entre époux l'existence de leurs propres mobiliers à l'époque du mariage; la loi n'a pas entendu établir, en ce cas, une présomption juris et de jure et leur interdire de suppléer au défaut d'inventaire ou état en bonne forme par d'autres preuves dont l'appréciation appartient aux tribunaux. »

Mais quelles sont les preuves que la jurisprudence considérait comme recevables ? La Cour suprême disait : « C'est aux tribunaux et aux Cours royales qu'il appartient d'ap-

(1) D. 1873. 1. 241

précier les preuves supplétives qui peuvent être fournies pour justifier les demandes des époux en prélèvement de leurs apports respectifs (2)

Les tribunaux se montraient très larges dans leur pouvoir d'appréciation : entre époux un acte sous-seing privé émané du mari avait le « caractère d'une preuve juridique suffisante pour constituer à la demanderesse un titre de créance propre à justifier sa réclamation (3).

La jurisprudence admettait même comme preuves suffisantes : un commencement de preuve par écrit complété par un témoignage (4), des livres de commerce régulièrement tenus corroborés par d'autres documents, l'aveu du mari (5) et même pour la femme des livres et papiers domestiques de sa mère (6).

De telles solutions feraient croire que tout mode de preuve était ici recevable et que les principes généraux en matière de preuves cessaient d'être applicables, l'article 1499 n'établissant qu'une présomption simple pouvant être combattu par une preuve contraire abandonnée au pouvoir d'appréciation des tribunaux. Cependant le contraire semble résulter de certains jugements qui décidaient que les preuves fournies entre époux en l'absence d'inventaire ou d'état en bonne forme restaient pourtant « soumises au droit commun ». Ainsi se prononça la Chambre civile dans un arrêt du 20 août 1884 (7); mais dans ce même arrêt elle viola manifestement le principe qu'elle avait posé en décidant que le demandeur qui ne rapportait aucun titre ne pouvait prouver par témoins contre la veuve d'un sieur P.., dont il était l'héritier, que le mobilier garnissant la maison de P... existait et était la propriété de ce dernier au moment de son mariage.

---

(2) Req. 3 aout 1831. D. 31. 1. 285
(3) Cassation 8 Juillet 1857. D. 57. 1. 37
(4) Paris 10 Décembre 1858. D. 59. 2. 18
(5) Requêtes 13 Janvier 1890. D. 91. 1. 66.
(6) Cass. 29 Décembre 1902 P. 1905. 1. 260.
(7) D. 1885. 1. 372

En ce qui concerne la femme on inscrit très souvent dans le contrat que la célébration du mariage vaut quittance de la dot. Pendant longtemps on jugea que cette clause faisait preuve complète de réception par le mari des apports de sa femme (8) même vis-à-vis des tiers et des créanciers du mari. Mais la jurisprudence décida ensuite que cette clause ne saurait établir autre chose qu'une présomption de paiement susceptible de céder devant la preuve contraire (9).

En résumé on peut conclure de toutes ces solutions que la jurisprudence, lorsqu'elle envisageait les rapports entre époux, considérait bien la présomption d'acquêts comme une présomption simple, mais elle exigeait en général que la preuve contraire destinée à la combattre fût établie par un acte écrit qu'il appartenait aux juges du fait d'apprécier.

II. *Reprise entre époux du mobilier futur.* — La présomption d'acquêts de l'article 1499 s'étendait à cette hypothèse, mais l'article 1504 venait le compléter en établissant une distinction entre le mari et la femme.

A. — *Reprise du mobilier futur du mari.* L'article 1504 après avoir dit que « le mobilier qui échoit à chacun des époux pendant le mariage doit être constaté par un inventaire », ajoute qu'à « défaut d'inventaire du mobilier échu au mari ou d'un titre propre à justifier de sa consistance et valeur, déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise ».

On s'est demandé ce qu'il fallait entendre par « titre propre à justifier de la consistance et de la valeur du mobilier », cette expression pouvant être interprétée d'une façon plus ou moins large.

Le 2 avril 1846 (10) la Cour de Douai refusa à un mari le droit de justifier par témoins de la consistance et de la valeur des biens mobiliers qu'il prétendait lui être advenus pendant le mariage.

---

(8) Dijon 7 mai 1862 S. 63. 2. 34. Requêtes 14 Décembre 1875 D. 76. 1. 455
(9) Req. 7 mai 1884. D. 84. 1. 285. Paris 28 Janvier 1904. D. 1904. 2. 881.
(10) D. 1847. 2. 198

Un arrêt de la Chambre des Requêtes confirmant un jugement de la Cour de Caen du 10 mars 1851 décida que le mari ne pouvait en aucun cas faire preuve de son mobilier futur par commune renommée (11).

Nous trouvons la même solution dans un arrêt de la Cour de Limoges le 3 août 1860 : « Le mari ou ses héritiers, à moins que ceux-ci n'exercent un droit propre et personnel, ne sont point autorisés, quant au mobilier échu au mari, à suppléer par la preuve testimoniale ou les présomptions ordinaires, la preuve écrite qu'il a dépendu de lui de se procurer. »

Le 14 mai 1879 (13) la Chambre civile rejetant sur ce point le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Bourges décida que l'arrêt attaqué « en constatant en fait que les registres domestiques de Mélines père offraient les éléments nécessaires pour déterminer la consistance et la valeur du mobilier recueilli par Mélines fils dans sa succession, avait pu reconnaître dans ces registres dont il avait sainement apprécié la valeur probante », le titre nécessaire à Mélines fils pour justifier la reprise exercée par lui du chef de la succession de son père dans les termes de l'article 1504 ».

La Cour de Chambéry admit, le 25 août 1879, comme titre suffisant pour le mari un reçu délivré par une banque et diverses autres pièces de même nature (14), et la Cour d'Orléans dans deux arrêts du 28 décembre 1878 et 27 janvier 1882 (15), repoussa les demandes en reprises de divers meubles échus à un mari durant le mariage, comme basés sur des écrits considérés insuffisants.

C'est dans un jugement de la Cour de Nancy le 23 janvier 1904 (16) que nous trouvons proclamé à nouveau qu'à

---

(11) Req. 1er Décembre 1852 D. 53. 1. 122.
(12) D. 1861. 2. 48
(13) D. 1879. 1. 420
(14) D. 1880. 2. 196
(15) D. 1883. 2. 36
(16) D. 1906. 2. 174

l'égard du mobilier futur du mari « un titre propre à justifier de sa consistance et de sa valeur pourrait, aux termes de l'article 1504 du Code civil, suppléer au défaut d'inventaire ».

C'est aux tribunaux qu'incombait la charge d'apprécier quels étaient les moyens de preuve susceptibles d'être qualifiés de titres suffisants.

Ils décidèrent, nous l'avons vu, que la *preuve par commune renommée, et la preuve par témoins devaient être éliminées, et que seuls, pouvaient suppléer au défaut d'inventaire, des actes écrits* qu'il appartenait au juge d'apprécier pour chaque espèce.

B. — *Reprises du mobilier futur de la femme.* L'article 1504, alinéa 3e, est très favorable à la femme puisqu'à défaut d'inventaire il permet à la femme de faire la preuve de la valeur de son mobilier soit par titres, soit par témoins, soit même par commune renommée.

Certains arrêts soutinrent que la femme pouvait prouver par témoins et même par commune renommée non seulement la valeur des meubles qui lui ont été donnés, mais encore le fait même de l'acquisition, notamment l'existence d'un don manuel et sa réception (17).

D'autres arrêts au contraire ont limité l'application de ces moyens de preuve à la valeur du mobilier, la preuve de l'existence du don manuel et de sa réception par le mari restant soumise aux règles du droit commun (18).

Ces restrictions à la preuve par commune renommée ne semblent pas justifiées et la première opinion semble préférable. Le législateur ayant en effet admis ce mode de preuve en faveur de la femme, la jurisprudence ne peut le lui refuser sans rendre illusoire la protection qu'on désire lui accorder. Si le juge ne doit accepter cette preuve qu'avec prudence et en désespoir de cause, pourtant il ne

(17) Civ. 29 Décembre 1902. D. 1904. 1. 401; C. de Douai 11 Avril 1884. D. 1884. 2. 870.

(18) Bordeaux 26 janvier 1874, S. 74. 2. 140; Angers 4 mars 1903 D. 1903. 2. 421

lui appartient pas de la rejeter comme certains arrêts l'ont fait lorsque la femme l'invoque valablement et qu'aucune fraude de sa part n'a été démontrée.

§ 2. — La preuve des reprises mobilières dans les rapports des époux avec les tiers

Il y avait ici conflits d'intérêts opposé : celui des époux et celui des créanciers et le Code civil donnait la préférence à ces derniers. La Cour de Cassation interpréta scrupuleusement les textes du Code, mais la plupart des Cours d'Appel firent réaction et se montrèrent beaucoup plus libérales. D'où conflit de jurisprudence célèbre qui amena l'intervention du législateur. La loi du 29 avril 1924 mit fin à ces discussions.

I. *Jurisprudence de la Cour de Cassation.* — Les modes de preuve admis lorsqu'il s'agissait de faire la preuve des reprises entre époux n'étaient plus admis lorsqu'il fallait la faire vis-à-vis des créanciers. Le *principe de l'article 1499 était alors érigé en présomption juris et de jure* que seul un inventaire ou un acte authentique pouvait renverser.

Cependant l'article 1499 exigeait simplement la constatation du mobilier par « inventaire ou état en bonne forme », or cela aurait permis de croire à l'application assez large de la preuve par écrit. Aussi pour justifier le sens très rigoureux qu'elle donnait à ces mots, la Cour de Cassation fit appel à l'article 1502, 2e et 3e alinéas, qui reconnaissait aux créanciers de l'un et de l'autre époux le droit de « poursuivre leur paiement sur le mobilier non inventorié, comme sur tous les autres biens de la communauté ». « Les créanciers ont le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté s'il n'a pas été pareillement constaté par un inventaire ou état authentique ».

Ce système se dessinait déjà dans un arrêt de la Cour de Poitiers du 6 mai 1836 (19) : il déclarait que la femme, bien qu'elle se fût réservé dans le contrat de mariage le droit en

(19) D. 1837. 2. 138.

cas de renonciation à la communauté de reprendre francs et quittes, tous les apports dont il serait justifié tant par titres que par témoins, n'en devait pas moins vis-à-vis des créanciers du mari ou de la communauté prouver ses apports conformément à la loi.

Le véritable point de départ de cette thèse fût un arrêt de la *Cour de Bordeaux du 21 janvier 1853* (20), dont nous citerons les principaux attendus :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1499 lorsqu'il existe entre époux une communauté réduite aux acquêts, le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis qui n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme est réputé acquêt; que sans doute vis-à-vis du mari ou de ses héritiers, la femme qui n'a pas fait un inventaire peut être relevée des conséquences de cette présomption et autorisée par application de l'article 1504 à faire la preuve même par commune renommée de la valeur du mobilier qui lui est échu, mais qu'elle ne saurait avoir le même droit à l'égard des créanciers du mari parce qu'autrement la fraude deviendrait trop facile; que ceux-ci qui ont vu ce mobilier confondu avec l'actif de la société perdraient un gage sur lequel ils ont dû naturellement compter et qu'enfin la femme qui n'a pas pris les précautions exigées par la loi doit s'imputer les suites de sa négligence.

« Attendu qu'en cette matière, l'esprit de la loi est clairement révélé par l'article 1510 qui, définissant les droits des créanciers de l'un et de l'autre des époux, porte expressément qu'ils peuvent poursuivre leur paiement sans distinction sur le mobilier non inventorié par acte authentique comme sur tous les autres biens de la communauté; qu'en présence de cette disposition, si formelle lorsqu'il est question des créanciers et non pas des époux entre eux, il n'est pas permis de douter que l'article 1504 s'applique seulement pour le cas où ceux-ci ont à régler leurs intérêts respectifs.

---

(20) D. 1853 2. 191.

« Attendu que le principe posé par l'article 1510, bien que ce texte figure dans la section relative à la clause de séparation de dettes ,est parfaitement applicable en matière de communauté réduite aux acquêts; que la dame D... peut d'autant moins le contester qu'elle-même, afin de se soustraire à la rigueur de l'article 1499, invoque l'article 1504 placé également dans une autre section du même chapitre; qu'il faut conclure de là que ces divers textes forment un ensemble de règles qui s'expliquent et se modifient les unes par les autres; d'où il résulte, en définitive, que la preuve testimoniale est admissible contre la présomption de l'article 1499 au profit de la femme envers le mari ou ses héritiers, d'après l'article 1504, mais non envers les créanciers d'après l'article 1510; qu'en conséquence ces derniers peuvent poursuivre leur paiement sur le mobilier dont l'origine n'est pas attestée par un état authentique. »

Déférée à la Cour Suprême, la Chambre civile adopta pleinement la doctrine de cette décision (21).

Cet arrêt repoussait la demande en distraction contre la saisie pratiquée par les créanciers du mari sur des meubles que la femme prétendait lui être propres, la femme exerçait ici une reprise en nature des biens dont elle avait gardé la propriété.

Mais la *preuve que devait fournir la femme restait-elle la même lorsqu'elle prétendait opérer une simple reprise en argent à titre de créancière ?*

En 1886 saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour de Dijon, du 4 février 1884, qui distinguait formellement entre les reprises en nature et les reprises en valeur, la Cour de Cassation complétait son système en rejetant catégoriquement toute distinction. « Attendu, disait la Chambre civile le 22 novembre 1886 (22), que la présomption, qui d'après les articles 1499 et 1510 du Code civil, fait réputer acquêt le mobilier existant lors du mariage ou ad-

(21) Civ. 19 Juin 1855. D. 55. 1. 305
(22) D. 1887. I. 114.

venu depuis lorsqu'il n'a pas été constaté par un inventaire ou un acte authentique, n'est pas absolue lorsqu'il ne s'agit que de la liquidation des droits et reprises des époux, l'un à l'égard de l'autre et que dans ce cas on peut admettre, selon les circonstances, que la femme est recevable à établir à l'aide d'actes ou de documents autres qu'un inventaire ou un état en bonne forme, la consistance et l'identité du mobilier qu'elle possédait lors du mariage ou qui lui est advenu depuis;

« Mais attendu que cette présomption doit, au contraire, être appliquée rigoureusement lorsqu'elle est opposée à la femme par les créanciers du mari et spécialement en cas de faillite de ce dernier; que l'article 560 du Code de commerce l'étend formellement dans ce dernier cas, même aux immeubles à l'usage personnel de la femme; qu'elle reste applicable alors même que la femme se borne à réclamer la valeur de son mobilier au lieu de le réclamer en nature, qu'elle l'est encore lorsqu'au lieu des meubles, linges, hardes ou de leur valeur, la femme réclame, en qualité de créancière, le montant des sommes ou la valeur des titres au porteur touchés par son mari et que comme dans l'espèce, l'importance de ces sommes ou de ces titres n'est pas établie par inventaire ou état authentique; qu'en effet, les articles 1499 et 1510 du Code civil et 560 du Code de commerce comprennent dans les mots « mobiliers ou effets mobiliers » tout ce qui est censé meuble, d'après les règles de la loi et par conséquent les sommes d'argent et les titres au porteur (art. 535 C. civ.)... »

La Cour de Cassation adoptait ainsi une théorie extrêmement rigoureuse qui ne devait plus varier (23).

La règle de l'article 1499, complété par l'article 1510, était aux yeux de la Cour Suprême une règle absolue qui

---

(23) Cass. 20 août 1884. D. 85. 1. 312; 15 mars 1899. D. 99. 1. 569; 25 novembre 1903. D. 05. 1. 505; 24 janvier 1906. D. 8. 1. 353. 3 janvier 1910. D. 10. 1. 113; 6 mai 1918. D. 22. 2. 14. 8 janvier 1923. D. 26. 1. 77.

n'admettait ni exception, ni tempérament d'aucune sorte. C'est ainsi que, d'après la Cour de Cassation « l'état en bonne forme » dont parlait l'article 1499, devait être un acte authentique et cet acte authentique ne constituait un état en bonne forme que s'il faisait pleine preuve, comme l'inventaire, non seulement du principe même du droit de l'épouse à une reprise mobilière, mais encore de l'identité des meubles qu'elle revendiquait si elle exerçait une reprise en nature et de leur consistance détaillée si elle exerçait une reprise en valeur. « Attendu, déclarait la Chambre civile, le 6 mai 1918, que les deux actes (contrat de mariage et acte de célébration) invoqués par les juges du fond, ne sauraient malgré leur caractère authentique être considérés comme l'équivalent d'un inventaire ou d'un état en bonne forme, ainsi que l'exige la loi, que le premier ne contenait qu'une indication générale des apports en effets mobiliers, que le second faisait uniquement la preuve de la célébration du mariage... » (24)

Un arrêt de la Cour de Paris le 27 novembre 1905, avait admis comme document suffisant pour permettre de déterminer le montant de la dot constituée en argent, la comptabilité du notaire rédacteur du contrat de mariage qui portait mention de l'encaissement et du décaissement des sommes remises entre les mains de cet officier minstériel. Ce système de la Cour de Paris revenait en définitive à distinguer entre les objets mobiliers et les sommes d'argent, l'article 1499 ne visant que les premiers.

Mais la Cour Suprême qui entendait par expression « mobilier » des articles 1499 et 1510 du Code civil tout ce qui est censé meuble d'après les règles de la loi, cassa cet arrêt « attendu qu'en se basant, à défaut de précision du contrat de mariage, pour fixer le chiffre de la reprise de la femme en sommes d'argent sur d'autres documents qu'un inventaire ou tout autre acte authentique, l'arrêt attaqué a violé le texte de la loi visé par le pourvoi ».

---

(24) D. 1922. 1. 14.

La *Cour de Cassation appliquait son système avec autant de rigueur lorsqu'il n'existait aucun soupçon de fraude contre l'époux désireux d'exercer ses reprises* et lorsque les créanciers eux-mêmes reconnaissaient la vérité des faits allégués :

« Attendu, disait l'arrêt du 22 novembre 1886 (25), que cette présomption (art. 1499) conserve son empire, bien que les créanciers n'allèguent en fait aucune fraude et reconnaissent même, comme dans l'espèce, la sincérité des actes non authentiques produits; qu'il s'agit ici, en effet, d'une présomption juris et de jure qui, lorsqu'elle est invoquée, ne peut être paralysée, ni par la preuve contraire, ni par le défaut de contestation au sujet de la sincérité des actes, ni même par la reconnaissance de cette sincérité. »

Et, dans l'arrêt du 6 mai 1918 (26), la Chambre civile déclarait que « la consistance des apports, quelle que fût leur nature, devait être établie par la production d'un inventaire ou d'un acte authentique; qu'il en était ainsi même en l'absence de toute fraude et malgré la reconnaissance par les créanciers de la réalité des apports. »

La jurisprudence de ces deux arrêts était d'autant plus rigoureuse que l'aveu, par les créanciers de la communauté, de la réception, par le mari, du mobilier litigieux, impliquait aussi en fait, dans les deux cas, le double aveu de l'origine et de la consistance de ce mobilier.

Cette preuve, par inventaire ou état authentique, était exigée aussi bien de la part de la femme que de la part du mari, qu'il s'agisse du mobilier présent ou du mobilier futur, de reprises en nature ou de reprises en valeur. La règle était générale et inflexible. Ce dogmatisme exégétique de la Cour de Cassation assurait une complète sécurité aux créanciers, mais aboutissait, tout simplement, à la spoliation des intérêts des époux, surtout de la femme.

---

(25) D. 1887. 1. 114.
(26) D. 1922, 1. 14.

Comme le dit Savatier : « Les femmes les plus innocentes payaient, ainsi, pour les femmes frauduleuses et cela même dans les cas où l'absence d'inventaire était uniquement imputable au mari. »

II. — *Jurisprudence des Cours d'Appel*

Si cohérente que pût paraître la construction juridique, que la Cour de Cassation mettait à la base de son interprétation, les conséquences en étaient très rigoureuses et injustes dans leur absolue méconnaissance d'un des intérêts en présence, aussi la plupart des Cours d'Appel s'émurent-elles et firent-elles réaction.

1re Phase. — *Le 23 février 1835* (27): la Cour de Paris avait déjà décidé qu'un fonds de commerce, apporté en dot par une femme mariée sous le régime de communauté d'acquêts, qui n'avait pas été constaté par un inventaire ou un état en bonne forme, restait, cependant, propre à la femme et n'était pas le gage des créanciers, s'il avait été désigné sommairement.

La Cour de Grenoble le 19 juillet 1851, autorise la femme à exercer, contre les créanciers, la reprise en valeur de son apport mobilier, d'après l'estimation qui en avait été faite au contrat, bien qu'aucun inventaire détaillé n'ait eu lieu.

Mais la véritable résistance des Cours d'Appel ne commença qu'avec l'arrêt de la Cour d'*Angers du 26 mai 1869* (29), où nous trouvons en germe la théorie qui fut défendue ensuite par Bufnoir :

« Attendu, est-il dit dans cet arrêt, que suivant les disposition des articles 1499 et 1510 combinés avec l'article 1415, lorsque la femme, même après avoir renoncé à la communauté d'acquêts, prétend exercer en nature la reprise du mobilier qui lui est échu durant le mariage, elle ne peut, au regard des tiers en prouver l'indentité autrement que

(27) D. 1835. 2. 32.
(28) D. 1852. 2. 292.
(29) D. 1869. 2. 239.

par un inventaire, un état en bonne forme ou un acte authentique; mais que ces dispositions spéciales édictées comme condition d'un privilège sur les autres créanciers et destinées à prévenir un concert frauduleux entre époux, ne sont plus opposables à la femme lorsqu'elle se présente comme simple créancière chirographaire; que les articles 1415 et 1504 autorisent la femme à prouver par titres, par témoins et par commune renommée, la consistance du mobilier qui lui est échu au cours de la communauté; que cette faculté constitue le droit commun de la femme en présence des héritiers, comme au regard des créanciers du mari; que pendant le mariage elle ne peut contraindre son mari à faire inventaire; que les dons manuels ne comportent pas une preuve authentique et que ses droits seraient paralysés si elle devait les établir au regard des tiers par un genre de preuve qu'elle n'a pu se procurer; que, d'ailleurs, la loi sur la faillite, commentée par la jurisprudence, ne contient, à cet égard, aucune exception et qu'il est ainsi démontré que l'article 1504 est applicable même au regard des créanciers du mari. »

Cet arrêt ne fut pas soumis au contrôle de la Cour de Cassation et sa théorie parut séduisante, aussi fut-elle reprise par un arrêt de la Cour de Dijon, le 4 février 1884 (30), mais il fut cassé par la Cour Suprême, le 22 novembre 1886 et ce fut dans les notes (qui eurent un certain retentissement) parues sous ces arrêts que Bufnoir exposa sa thèse (31).

2me Phase. — *La doctrine de Bufnoir* peut se résumer en ces quelques mots : pour la reprise en nature, l'article 1499 doit s'appliquer, sauf le cas de faillite du mari qui est régit par l'article 560 du Code de commerce. Sans doute, la preuve contraire, pour combattre la présomption d'acquêts, ne peut être fournie que dans une certaine forme, mais, à défaut d'inventaire, tout acte, offrant des garanties

(30) D. 1884. 2 169.

(31) Note Bufnoir. S. 1885. 2. 25; S. 1889. 1. 465.

aussi sérieuses que l'inventaire, est acceptable. L'article 1499 conserve donc un caractère rigoureux et dérogatoire au droit commun.

Pour la reprise en valeur, c'est l'article 1504 qui s'applique et la femme peut, même à l'égard des créanciers du mari, faire la preuve, par témoins et même par commune renommée, à moins que l'article 563 du Code de commerce ne lui soit opposable, au cas de faillite du mari, sans distinguer, d'ailleurs, suivant que la reprise est basée sur du mobilier présent ou sur du mobilier futur.

L'argumentation de Bufnoir revêtait un réel caractère de force logique. Elle créait des doutes sur la nécessité inéluctable d'interpréter les textes d'après le système de la Cour de Cassation et elle était, surtout, plus équitable que celui-ci dans ses résultats. Aussi fut-elle accueillie favorablement par une grande partie de la doctrine et la plupart des Cours d'Appel, qui,malgré l'accent autoritaire de la Cour de Cassation, refusèrent obstinément de suivre la Cour régulatrice dans la voie où elle s'était engagée (32).

Devant la persistance de la Cour de Cassation quelques-unes des Cours récalcitrantes se rallièrent à son système (33), et un instant on put croire que la Cour de Cassation allait triompher, lorsque deux arrêts de la Cour de Paris du 28 janvier 1904 (34) et du 27 novembre 1905, cassé le 5 février 1908 (35), ranimèrent la lutte, et c'est autour du deuxième de ces arrêts que se livra l'ultime bataille.

III. — *Dernière phase du conflit entre la Cour de Cassation et les Cours d'Appel — La série des arrêts Chauvel* 1900 - 1923.

Etant donnée l'importance de cette affaire nous allons la reproduire. Voici les faits : dans le contrat de mariage in-

(32) Dijon 14 décembre 1896, cassé le 15 mars 1899. D. 99. 1. 569; S. 1900. 1. 113, note Lyon-Caen. Montpellier 10 avril 1906, cassé le 3 janvier 1910 D. 10 1. 113, note de Loynes. Agen 9 mars 1914, cassé le 8 janvier 1910. S. 1923. 1. 76.

(33) Douai 11 mai 1894. D. 95. 2. 40. Rouen 9 mars 1898. D. 99. 2. 13. Dijon 18 Décembre 1902. D. 04. 2. 86. Montpellier 12 novembre 1924. D. 25. 2. 17

(34) D. 1904. 2. 88.

(35) D. 1908. 1. 353.

tervenu le 9 janvier 1867, en vue de son union avec le sieur Chauvel, la demoiselle Cavaillé avait déclaré apporter en mariage et se constituer personnellement en dot « ses habits, linge, hardes, bijoux, meubles meublant, objets et effets mobiliers à son usage personnel, linge de ménage, argenterie et deniers comptants, le tout d'une valeur de 18.000 francs ». Il avait été, en outre, déclaré au dit contrat que « de cet apport, franc et quitte de toutes charges, la future épouse avait donné connaissance au futur époux qui l'avait reconnu et avait consenti à en demeurer chargé par le seul fait de la célébration du mariage. »

Le 9 janvier 1867, date même du contrat, la demoiselle Cavaillé verse au notaire la somme de 16.000 francs pour être remise à Chauvel, son futur époux, après justification de son mariage; cette somme fut remise, le 23 janvier 1867, par le notaire à Chauvel par suite du mariage, célébré le 10 janvier précédent. La séparation de biens fut prononcée par le Tribunal de la Seine, le 2 janvier 1900, et il fut procédé aussitôt, par le notaire, à la liquidation des reprises de la dame Chauvel. M. Chauvel, commerçant, fut déclaré en faillite par le Tribunal de commerce de la Seine, le 23 mars 1900 et mourut. Pour la liquidation de ses reprises la dame Chauvel fut colloquée pour la somme de 18.000 frs dans la distribution, par voie d'ordre, du montant du prix d'adjudication d'un immeuble ayant appartenu à M. Chauvel son mari, et vendu sur la saisie opérée par les créanciers de ce dernier.

Le curateur à la succession vacante de Chauvel, le 30 janvier 1904, contesta le règlement provisoire et demanda le rejet de la collocation, en prétendant que la créance de ladite dame n'était nullement justifiée, que la liquidation des reprises, dont elle se prévalait, était irrégulière. En outre, le sieur Perrier, en qualité de créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble saisi, déclara s'approprier les motifs ci-dessus indiqués pour demander le rejet de collocation de la veuve Chauvel. Voici la série des arrêts :

1. — *Le 18 avril 1905 le Tribunal civil de la Seine* donna gain de cause à la dame Chauvel « cette disposition (de l'article 1499) ne saurait recevoir son application, lorsque dans son contrat un futur époux déclare apporter en mariage et se constituer personnellement une dot avec des valeurs mobilières, des deniers comptants; que, lorsqu'il s'agit de deniers comptants ou de choses fongibles, l'article 1499 ne pourrait plus avoir de sanction...; qu'il suffisait, pour que les reprises de ces deniers comptants fut possible, que le versement en eût été réellement effectué et à condition que le versement n'ait pas eu lieu en fraude des droits des créanciers ; — Attendu, d'autre part, que lorsque dans le contrat de mariage d'un commerçant il a été déclaré que la future épouse avait donné connaissance de son apport au futur époux, qui l'a reconnu et a consenti à en demeuré chargé par le seul fait de la célébration du mariage, l'acte de célébration rapproché du contrat de mariage, constitue un acte ayant date certaine dans le sens de l'article 563, Code de commerce, faisant preuve aussi bien à l'égard des époux, qu'au regard des tiers. »

La Cour d'appel de Paris confirma cet arrêt, le 24 novembre 1905.

Le pourvoi en Cassation fut introduit par le sieur Perrier, pour violation des articles 535, 1499, 1510 et 560 du Code de commerce. La Cour Suprême cassa l'arrêt de la Cour de Paris, le 5 février 1908. « Attendu que cette présomption (d'article 1499) conserve toute sa force, bien que les créanciers n'allèguent aucune fraude et que même ils ne contestent pas la matérialité d'un versement de sommes qui aurait pu être opéré aux mains du mari, par le notaire, rédacteur du contrat de mariage, en exécution de ce contrat. »

2. — *La Cour d'Orléans désignée* comme Cour de renvoi reprenant l'argument tiré de l'article 563, Code de commerce, invoqué par le Tribunal de la Seine et sur lequel la Cour de Cassation ne s'était pas prononcé, puisque

cet article n'était pas visé dans le pourvoi, maintint la solution adoptée par la Cour de Paris (36).

Nouveau pourvoi introduit; la Cour Suprême ne put statuer, toutes Chambres réunies, en raison de la différence des moyens invoqués, ce deuxième pourvoi étant basé, uniquement, sur la violation de l'article 563, Code de commerce, alors que le premier visait l'article 1499 du Code civil, et la Chambre civile seule, par un arrêt fortement motivé, qui est le résumé de tout son système, cassa l'arrêt de la Cour d'Orléans, le 6 mai 1918 (37).

Les Cours d'appel ne désarmèrent pas pour cela, et la Cour de Bourges, autre Cour de renvoi, repoussant la solution de la Cour Suprême, se rallia à l'opinion des premiers juges, le 30 mai 1921 (38).

Ces trois arrêts de Cour d'appel, où s'illustrait remarquablement l'âpreté de la lutte, rendus tous dans le même sens, annonçaient, peut-être, la fin du conflit. En effet, par leur entêtement, les Cours d'appel désiraient, sans doute, provoquer un arrêt des Chambres réunies, et elles étaient sur le point de l'obtenir, un pourvoi en Cassation ayant été introduit contre l'arrêt de Bourges, lorsque le législateur est intervenu.

L'attitude des Cours d'appel a été très impressionnante : juges du fait, elles sentaient, peut-être, plus fortement ce que demandaient l'équité et les besoins de la pratique. En tout état de cause, il semblait peu équitable de repousser tout complément de preuve même non authentique, alors qu'il n'apparaissait pas comme frauduleux, si les créanciers ne le contestaient pas et s'il venait compléter un commencement de preuve authentique établissant le principe des droits en litige.

Tout ce conflit venait de l'insuffisance et de la rédaction défectueuse des textes : les articles 1499 et 1504 présentaient, au moins en apparence, des contradictions d'où étaient nées toutes les difficultés de la matière.

(36) Orléans 23 février 1910. D. 11. 2. 345.
(37) Cass. D. 1922. 1. 14.
(38) S. 1923. 2. 20.

§ 3. — La réforme du 29 avril 1924.

Le Principe. — Le texte fondamental de la loi du 29 avril 1924 est l'article 1499 qui reprend la distinction de la Cour de Cassation : il sépare la preuve entre époux de la preuve à l'égard des tiers, et rejette implicitement la distinction des reprises en nature et des reprises en valeur.

1. — « *Entre époux*, dit l'article 1499 2e al., la preuve est réglée par les articles 1502 et 1504. »

Pour le *mobilier présent* la situation varie suivant qu'il s'agit du mari ou de la femme. L'apport du mari se prouvera par la déclaration portée au contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur. L'apport de la femme est démontré par la quittance délivrée par le mari.

Pour le *mobilier futur* le mari devra produire, en principe un inventaire ou à défaut un titre écrit de nature à justifier de sa consistance et de sa valeur; la preuve par témoins ou par présomptions est exclue. La femme, au contraire, ou ses héritiers, sont susceptibles, à défaut d'inventaire, de faire la preuve non seulement par titre, mais encore par témoins ou même par commune renommée de la valeur du mobilier.

En résumé les rédacteurs, en écrivant l'alinéa 2 du nouvel article 1499, ont voulu simplement consacrer la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation sur ce point.

2. — En ce qui concerne les *reprises à l'égard des tiers* le nouvel article 1499 al. 1er déclare : « Le mobilier existant lors du mariage ou échu depuis, est réputé acquêt, sauf preuve contraire, établie suivant le droit commun à l'égard des tiers. » Au sujet de l'interprétation de ce texte, plusieurs difficultés se sont élevées.

Précisions. — On s'est demandé, d'abord, quel était ici le *sens du mot « tiers »*. On vise par tiers, plus spécialement dans la circonstance, les créanciers de la communauté, les créanciers du mari et aussi les tiers acquéreurs.

De plus il *faut déterminer quel est le « droit commun »* auquel renvoie l'article 1499 - al. 1er. Comme le remarque Josserand « le législateur en employant ces expressions

a, en quelque sorte, abdiqué, tellement est imprécise et vague cette notion du droit commun ». De là, résulte la diversité des interprétations qui se sont fait jour sur le texte nouveau. Sans doute la preuve par commune renommée n'est pas admise, car elle est exorbitante du droit commun. A l'inverse, l'époux qui prétend exercer ses reprises, n'a pas à produire un inventaire ou un acte authentique quelconque : il pourra utiliser tous titres privés (39).

La preuve pourra être faite aussi par l'aveu du tiers.

Mais la preuve par témoins est-elle bannie par la référence de l'article 1499 au droit commun ou bien est-elle admise ? Les deux opinions ont eu leurs défenseurs.

Certains auteurs et la majorité de la jurisprudence admettent la preuve par témoins et par présomptions jusqu'à 500 francs et même, parfois, au-dessus de ce chiffre, s'il y a eu commencement de preuve par écrit ou si le titre écrit a été perdu par force majeure.

Ainsi l'a décidé un arrêt du Tribunal civil de la *Mayenne 19 juillet 1928* (40) qui peut se résumer ainsi : la femme mariée sous le régime de communauté réduite aux acquêts qui réclame, comme propres à l'encontre des créanciers du mari, les meubles qu'elle prétend lui être échus dans la succession de ses père et mère, est recevable à en faire la preuve par témoins, avec commencement de preuve par écrit si la valeur des meubles est supérieure à 500 francs (Code civil, article 1499, loi de 1924).

Le commencement de preuve par écrit doit émaner non des créanciers mais du mari. Il peut émaner d'une déclaration de succession souscrite par le mari au bureau d'enregistrement.

L'arrêt ajoute « que la femme à laquelle est échu un mobilier dans la succession d'un de ses parents, est généralement dans l'impossibilité morale d'exiger de son mari qu'il fasse un inventaire régulier de ce mobilier, et, par

---

(39) Amiens 19 mai 1936. S. 36. 2. 236.

(40) D. P. 1929. 2. 47.

suite, elle peut à l'égard des créanciers du mari, prouver par témoins, que le *de cujus* avait la possession des meubles dont il s'agit (article 1348, Code civil).

« Cette preuve par témoins peut même être reçue, en pareil cas, sans commencement de preuve par écrit parce qu'elle porte sur un fait matériel : la possession des immeubles par le de cujus avant l'ouverture de la succession. »

On ne peut craindre que ce système sacrifie les intérêts des créanciers, puisque, du moment que la reprise est de quelque importance, la preuve testimoniale ou par présomptions, n'est pas directement recevable.

SECTION II

Nature des prélèvements exercés par la femme pour cause de ses reprises

Dans l'exercice de ses reprises la femme bénéficie de deux faveurs par opposition au mari. Tout d'abord les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari (article 1471). D'autre part, si les biens de la communauté ne sont pas suffisants, la femme et ses héritiers peuvent exercer leurs reprises sur les biens propres du mari : dans ce cas il ne peut être question que de prélèvements en valeur. Ces deux faveurs accordées par la loi à la femme n'ont jamais fait l'objet d'aucune discussion.

Mais on s'est demandé si la femme ne bénéficiait pas d'une troisième faveur lorsqu'elle exerce des prélèvements en nature sur les biens de la communauté. Agit-elle à titre de propriétaire des biens qu'elle prélève ou à titre simplement de créancière de ses reprises ? La solution donnée à cette question revêt une importance considérable par suite des conséquences attachées à ce dilemne : si la femme agit comme propriétaire, elle primera les créanciers de la communauté, si elle agit à titre de créancière, elle devra subir le concours des créanciers de cette communauté. Lorsqu'elle exerce ses reprises sur les immeubles de la communauté

la femme est garantie par son hypothèque légale et prime les autres créanciers hypothécaires, mais l'intérêt de la question se pose quand les prélèvements sont opérés sur des meubles de la communauté. C'est à ce sujet que de vives controverses se sont élevées au cours du XIX^e^ siècle, tant en doctrine qu'en jurisprudence, controverses qui eurent une répercussion certaine sur la théorie de la nature juridique de la communauté.

Après avoir déclaré que la femme commune en biens exerçaient ses prélèvements à titre de propriétaire, la jurisprudence s'est, en 1858, ralliée à la thèse de la femme créancière de ses reprises, pour ensuite essayer de concilier ces deux points de vue.

§ 1. — Thèse de la femme exerçant ses prélèvements à titre de propriétaire

Pendant une dizaine d'années les Cours d'Appel et la Cour de Cassation ont adopté le système de la femme propriétaire.

Le 19 janvier 1822, la Cour de Caen (41) avait déjà adopté cette idée : les auteurs du Code, dit cet arrêt, ont usé du mot prélèvement, avec intention ils ont assimilé le prélèvement des indemnités dues par la communauté aux époux au prélèvement de leur biens personnels; or il résulte des termes de l'article 1470 que c'est à titre de propriétaires et non de créanciers que les époux exercent de tels prélèvements.

C'est *l'arrêt Savary* de la Cour d'Appel de Paris du 12 février 1846 (42) qui fut surtout, le véritable point de départ de la thèse de la femme propriétaire.

« Considérant, dit la Cour, que la communauté entre époux constitue une véritable société qui donne à chacun des époux, à partir du jour du mariage, un droit de propriété indivis sur tous et chacun des objets qui la compo-

(41) S. 1841 2. 89.
(42) S. 1846. 1. 345.

sent; que ce droit de propriété éventuel jusqu'à la dissolution de la communauté, indéterminé jusqu'au partage, ne prend un caractère fixe et déterminé que par l'effet de ce partage en vertu duquel chaque époux est censé avoir été seul propriétaire des objets compris dans son lot depuis le jour où ces objets sont entrés dans la communauté; que de ces principes il suit que les deux époux, propriétaires par indivis jusqu'au partage de tous les biens qui composent la communauté, ne peuvent avoir pour le recouvrement des sommes par eux versées dans la communauté, au delà de leur mise de fonds, aucun droit de créance sur ces mêmes biens; qu'ils ont seulement le droit, après la dissolution de la communauté et en cas d'acceptation de la communauté par la femme, de faire cesser cette indivision par un partage; que c'est seulement lors du partage que la masse commune peut être fixée et que les droits particuliers des époux peuvent être établis; qu'en effet, la loi règle la forme dans laquelle il doit être procédé au partage; que, d'après les articles 1468 et 1469, les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse des biens existants, tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité; que c'est après la composition de cette masse que, aux termes de l'article 1470, chaque époux ou son héritier prélève les indemnités ou récompenses qui lui sont dues par la communauté; qu'aux termes des articles 1471 et 1474, les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari, qu'ils s'exercent sur l'argent comptant et le mobilier et, subsidiairement, sur les immeubles de la communauté; que lorsque les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent; que, par suite de ces opérations, les objets dépendant de la communauté qui sont attribués à chacun des copartageants, soit à titre de prélèvements, soit comme bénéfice de communauté, sont censés leur avoir toujours appartenus; que c'est donc uniquement par le résultat de la liquidation que l'on peut reconnaître si les droits appartenant aux époux sur la masse

commune, et qui se sont trouvés dans la succession du prémourant, sont mobiliers ou immobiliers.

« Considérant, en fait, que les époux Savary se sont mariés sous le régime de communauté; qu'ils n'ont fait entrer dans la communauté chacun qu'une somme de 500 frs; que, pendant le mariage, plusieurs immeubles ont été acquis et sont tombés dans la communauté; que ces acquisitions ont été faites, en grande partie des sommes propres aux deux époux et qu'ils s'étaient réservées; — Considérant que la clause qui attribue au survivant, non pas la totalité des biens de la communauté, mais seulement les bénéfices, ne peut produire aucun effet, puisqu'il n'existe aucun bénéfice de communauté; qu'en cet état, chacun des époux a le droit de reprendre et de prélever les sommes qu'il a versées dans la communauté au delà de sa mise; que ces prélèvements doivent s'exercer conformément aux articles 1470 et suivants du Code civil et que ce n'est que par suite de ces prélèvements et par l'effet du partage, qu'il sera possible de connaître la nature des objets qui seront attribués à chacun des époux et seront censés leur avoir toujours appartenus et, par suite, que ce sont ceux qui auront composé la succession du mari; infirme, au principal; ordonne qu'il sera procédé au partage de la communauté d'entre les époux Savary et que dans la masse immobilière sont compris les immeubles attribués à sa succession, dans le partage de la communauté sus-énoncée, etc. etc... »

Cet arrêt fut rendu après la célèbre consultation de Maître Coin-Delisle, avocat du demandeur. Après avoir montré que sous l'ancien droit les époux exerçaient leurs reprises à titre de créanciers, il essaye de prouver, que sous le nouveau droit il les exercent à titre de propriétaires.

« En effet, sous notre droit actuel, dit-il, la propriété s'acquiert par l'effet des obligations. Or, un des effets du contrat de communauté entre époux c'est d'attribuer au mari, après le prélèvement des reprises de la femme, les biens acquis pendant la communauté jusqu'à concurrence

des siennes et ce n'est qu'ensuite et s'il reste des biens qu'il s'opèrera une division... »

Coin-Delisle réfute ensuite l'argument que l'on pourrait tirer, en faveur du droit de créance des reprises, de la personnalité morale de la communauté. Pour lui, même si l'on considère la communauté comme un être moral, cet être moral disparaît à la dissolution de la communauté et la théorie des prélèvements ne se trouve en rien gênée par la notion de personnalité morale.

La Cour de Paris pour rendre sa solution ne s'occupa pas de la nature juridique de la communauté. Elle trouva ses principaux arguments dans l'article 1470 qui assimile le prélèvement des biens personnels et le prélèvement des reprises sur la communauté : le premier étant fait à titre de propriétaire, le second doit l'être aussi. De plus, l'article 1470 dit « chaque époux prélève », or prélever c'est prendre avant ce dont on est propriétaire.

Sur pourvoi la Cour de Cassation rendit, le 28 mars 1849 (43), un arrêt confirmatif.

Le 15 février 1853, la Cour Suprême consacra la même solution, dans l'*arrêt Feuvrier* (44). Le 23 mars 1850 un arrêt de la Cour de Besançon confirmant un jugement du Tribunal civil de Dôle, avait décidé que « la femme, pour le paiement de ses reprises, n'a de privilège ni sur l'argent comptant, ni sur le mobilier; qu'elle ne peut venir sur ces valeurs qu'au marc le franc, avec les créanciers, sauf à elle à faire valoir son hypothèque légale sur les immeubles de son mari, et comme elle le voudra convenir. »

Cet arrêt de la Cour de Besançon fut cassé par la Cour de Cassation, le 15 février 1853 : « Attendu *qu'il résulte des articles 1471, 1472 et 1483 du Code Napoléon que c'est à titre de propriétaire que la femme, de même que le mari et avant ce dernier, a droit au prélèvement préalable de ses propres*, lors de la dissolution de la communauté; et

(43) S. 1849. 1. 353.
(44) S. 1853; 1. 14.

qu'ainsi l'actif de cette communauté ne se compose que du surplus des biens, prélèvement fait des reprises ci-dessus; qu'il suit de là, que la femme ne peut être placée sur la même ligne que les créanciers de la communauté et qu'elle doit être intégralement remplie des dites reprises, avant que les dits créanciers puissent faire valoir leurs droits sur l'actif de cette communauté. »

Dans un arrêt du 23 février 1853 (45), la Cour de Cassation tire la plupart des conséquences qui découlent de la thèse de la femme propriétaire de ses reprises. La femme commune dont les immeubles ont été aliénés pendant la communauté, a pour l'exercice de ses reprises sur les biens de la communauté ou sur ceux du mari, non pas une simple créance, mais une action réelle, mobilière ou immobilière suivant la nature des biens auxquels elle s'applique.

« En conséquence, dit la Cour, ces reprises ne peuvent être attribuées, pour le tout, au légataire du mobilier de la femme, qu'autant qu'il est constaté d'après l'inventaire, qu'elles seront prélevées exclusivement sur les meubles dépendant de la communauté. »

Cet arrêt résume les *principales conséquences tirées de la qualité de propriétaire de la femme qui exerce ses reprises* : tout d'abord, la femme sera payée de ses reprises avant les créanciers de la communauté, puis le droit aux reprises revêtira un caractère mobilier ou immobilier suivant la nature des biens auxquels il s'appliquera, enfin, les reprises seront attribuées au légataire du mobilier ou à celui des immeubles, selon la catégorie de biens sur lesquels elles doivent porter.

Cette thèse soutenue par la Cour de Cassation, reçut l'approbation d'une grande partie de la doctrine, mais la majorité des Cours d'Appel se prononcèrent en sens contraire et provoquèrent ainsi l'arrêt des Chambres réunies du 16 janvier 1858.

---

(45) S. 1853. 1. 374.

§ 2. — Thèse de la femme commune en biens, créancière de ses reprises

Pendant cinq ans une véritable lutte s'engagea entre la Cour de Cassation et les Cours d'Appel : la Cour Suprême se prononçant pour le droit de propriété de la femme exerçant ses reprises (46); la majorité des Cours d'Appel opposant une véritable résistance à cette jurisprudence et, décidant que c'est en qualité de créancière que la femme vient sur le mobilier de la communauté, au marc le franc, en concours avec les créanciers communs, aussi bien au cas d'acceptation qu'au cas de renonciation (47).

Ce conflit jurisprudentiel atteignit son maximum d'intensité avec *l'affaire Moinet* qui amena un véritable revirement dans la conception de la Cour Suprême : condamnant à la fois sa propre jurisprudence et celle de son président Troplong, la Cour de Cassation adopta le système de la femme créancière de ses reprises, venant en concours sur les valeurs mobilières de la communauté avec les créanciers communs. Vu l'importance de cette espèce, nous y consacrerons quelques développements.:

L'affaire Moinet : Voici comment se présentaient les faits : le 28 juillet 1824, la demoiselle Petit épousa le sieur Moinet, les époux choisirent, comme régime matrimonial, le régime dotal combiné avec la société d'acquêts. La dame Moinet se constituait en dot tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir. Les apports se composaient :

1° d'une somme de 50.000 francs, donnée par ses père et mère.

---

(46) Cass. 15 février 1853. D. 53. 1. 75; 11 avril 1854. S. 54. 1. 161; 8 mai 1855. S. 55. 1. 530.

(47) Rouen 24 juillet 1854. D. 54. 2. 212; Paris 4 août 1855. D. 55. 2. 273; Paris 28 février 1856. S. 56. 2. 139

2° de divers objets mobiliers lui appartenant, estimés 2.400 francs, avec déclaration que l'estimation n'en faisait pas vente.

Il était stipulé que si le sieur Moinet acquérrait des immeubles pendant le mariage, il devait y employer la somde 50.000 francs constituée en dot à la dame Moinet et tous autres capitaux reçus pour elle par préférence et à l'exclusion de ses propres deniers.

Peu de temps après le mariage, le sieur Petit cède un office de notaire à son gendre et le prix de l'office est compensé tant sur les 50.000 francs de dot promis à sa femme qu'avec la somme de 90.000 francs attribuée dans un acte de partage émané de ses père et mère, et une autre somme de 61.825 francs recueillie par la dame Moinet dans la successions de ces derniers.

Le 12 septembre 1852, Moinet décède et sa succession est acceptée bénéficiairement par son fils héritier.

Indépendamment des objets mobiliers et immobiliers qui se sont retrouvés en nature et dont la remise a été faite sans contestation, les reprises en argent de la dame Moinet ont été liquidées à la somme de 201.384 frs 41

La veuve Moinet a demandé à prélever sur la masse à titre de propriétaire et sans concurrence avec les créanciers de la communauté, le montant de ses reprises ainsi liquidées. Elle entendait exercer ce prélèvement notamment sur la valeur de l'office dont le prix avait été payé en majeure partie avec sa dot et qui venait d'être revendu, depuis le décès du sieur Moinet, moyennant un prix excédant de beaucoup les reprises de la veuve Moinet. Plusieurs oppositions ayant été faites entre les mains de l'héritier bénéficiaire, celui-ci ne put consentir au prélèvement.

L'affaire fut portée devant le Tribunal civil de Rouen qui renvoya, le 23 février 1854, la dame Moinet à venir à la distribution par contribution avec les créanciers de la communauté, pour l'exercice de ses reprises.

Le jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour de Rouen, le 22 juillet 1854, aux termes duquel « la femme

commune ne peut, lorsqu'elle renonce à la communauté, exercer ses reprises qu'à titre de créancière et par voie de contribution avec les autres créanciers de la communauté. »

La dame Moinet se pourvut en Cassation, la Chambre civile, fidèle à sa jurisprudence, cassa, le 8 mai 1855, l'arrêt de la Cour de Rouen et renvoya l'affaire devant la Cour de Paris qui, dans un arrêt du 4 août 1855 (48), se prononça dans le même sens que la Cour de Rouen.

Nouveau pourvoi de la veuve Moinet pour violation des articles 1501, 1498, 1493 et 1894 (Code Napoléon) et le 16 janvier 1858, la Cour de Cassation statua, toutes Chambres réunies, après avoir entendu les plaidoiries de Dareste et du procureur général Dupin (49).

Maître Dareste, avocat de la demanderesse soutint le pourvoi et son plaidoyer est une consécration expresse de la jurisprudence admise jusque là par la Cour de Cassation. « Il est évident, dit Dareste, que c'est à titre de propriétaire que la femme reprend ses propres en nature et ceux qui ont été acquis en remploi. Quant aux biens qui ne se trouvent plus en nature, l'époux qui en demandera le prélèvement n'en pourra prélever que le prix, mais ce prix il le prélèvera à titre de propriétaire... Si la femme était simplement créancière de la communauté, elle saisirait les biens qui en font partie et les ferait vendre pour se payer sur le prix; tandis que la femme, pour se remplir de ses droits, prend des biens en nature et les choisit dans un ordre tracé par la loi elle-même, c'est donc un droit de propriété qu'elle exerce. »

« La femme qui a dressé un inventaire a de plus, ajoute Dareste, le privilège de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, or, si pour exercer ses reprises la femme était obligée de venir à la distribution par contribution avec les créanciers de

---

(48) D. 1855 2. 273

(49) S. 1858. 1. 9. D. 58. 1. 5.

la communauté, il est évident qu'elle serait tenue sur ses propres au-delà de son émolument.»

Dans son réquisitoire, le procureur général Dupin soutint, au contraire, que la femme agit en qualité de créancière chirographaire. Pour lui, il faut distinguer nettement entre les prélèvements en nature et les prélèvements qui ne constituent que de simples créances. « La femme, dit-il, a le droit de reprendre en nature et en qualité de propriétaire, les immeubles non aliénés, les immeubles dont elle a accepté le remploi, ses meubles propres, sur lesquels elle peut établir son droit de propriété et les titres de créance qui sont restés en son nom. Quant au surplus de ses reprises telles que l'argent touché par le mari et qu'il a dépensé, les choses fongibles qu'il a consommées, les meubles qu'il a transformés ou dénaturés, pour cette deuxième classe de répétition, bien que la femme ait le droit d'en réclamer la valeur et qu'elle ait une action pour en exiger le paiement, elle n'agit ici que comme créancière de la communauté et subsidiairement de son mari. Il ne faut donc pas confondre l'action en paiement qu'elle peut exercer avec les objets qui pourront, par suite, de la liquidation, lui être donnés en paiement, car ces objets ne deviendront pas sa propriété ab initio, puisque le principe de son action est une créance mobilière, ils ne deviendront sa propriété qu'autant qu'ils lui seront attribués dans l'opération même. »

Le Procureur général réfute, ensuite, l'argument tiré de l'article 1483 par ceux qui font de la femme exerçant ses reprises une créancière privilégiée et invoque à l'appui de ses arguments l'ancien droit et, en particulier, l'autorité de Pothier.

La Cour Suprême adoptant les conclusions du procureur général Dupin, rendit l'arrêt suivant après un délibéré de trois jours :

« La Cour; — sur le moyen unique de Cassation, pris de la violation des articles 1581, 1498, 1493 et 1494, Code Napoléon, et des principes généraux du même Code sur le prélèvement des reprises de la femme à la dissolution

de la communauté; — Attendu qu'à la dissolution de la communauté, dans le cas d'acceptation par la femme ou ses héritiers, les prélèvements respectifs des époux lorsqu'ils ont pour objet soit les biens propres de chacun d'eux existant en nature, soit leurs remplois dûment effectués, ne peuvent être exercés qu'à la charge de justifier, conformément à l'article 1402, Code Napoléon, de la propriété ou de la possession légale des biens à prélever; — que, dans le cas du n° 1 de l'article 1470, les prélèvements s'exercent donc à titre de propriétaire et constituent une véritable revendication; — Attendu que c'est, *au contraire, à titre de créancier que chaque époux prélève soit le prix de ses propres aliénés, soit les indemnités qui lui sont dues par la communauté* conformément au n[os] 2 et 3 dudit article; — Qu'en effet, l'action n'a alors pour cause qu'une diminution du patrimoine de l'un des époux et un profit corrélatif fait par la communauté; que cette cause ne produit pas un droit de propriété sur des objets déterminés et qu'il n'en résulte qu'une créance et une action mobilière.

« Attendu que l'actif de la communauté, composé de tout ce qui reste, distraction faite des objets reconnus propres à chacun des époux, après justification, est le gage commun des créanciers; — Attendu que la femme, pour sa dot, et ses conventions matrimoniales, n'obtient certains droits de préférence que sur les immeubles de son mari, conformément aux articles 2121 et 2135, Code Napoléon; mais qu'aucun privilège, soit général, soit spécial, n'est inscrit en sa faveur sur les meubles de la communauté dans les articles 2101 et suivants du même Code; — Attendu qu'on ne saurait faire résulter des articles 1470 et 1471, Code Napoléon, un droit quelconque d'exclusion à l'égard des créanciers, au profit de la femme pour ses prélèvements, sur les biens de la communauté; que ces articles ne s'occupent que du partage de l'actif entre les époux et des droits respectifs de ces derniers, en impliquant, toutefois, la charge des dettes, aux termes des articles 1467, 1482 et 1483, Code Napoléon.

« Attendu qu'un droit quelconque d'exclusion ou de préférence ne saurait résulter plus spécialement de l'article 1483; que cet article, étranger aux droits de la femme considérés comme affectant l'actif, a uniquement pour objet de limiter, par une sorte de bénéfice d'inventaire, les effets de l'obligation personnelle de la femme, tenue, par le fait de son acceptation, de contribuer au paiement des dettes de la communauté contractées par le mari seul; — Attendu que les créanciers vigilants peuvent faire tous actes conservatoires et toutes poursuites légales pour s'assurer de leur gage et afin d'être payés, notamment en se conformant aux articles 1476 et 883, Code Napoléon; — Attendu que si, après le partage consommé sans fraude, la femme a le droit, sous les conditions exprimées au dit article, de porter en dépense le montant de ses récompenses et indemnités, dans le compte qu'elle doit aux créanciers survenants, ce droit, qui ne consiste qu'à retenir ce qu'elle a reçu à juste titre, n'implique nullement un droit de préférence ou d'exclusion attaché à la créance ainsi payée; — Attendu que des droits reconnus à la femme renonçante par l'article 1493, naissent, pour elle, des actions qu'elle exerce, à raison de leur nature, comme dans le cas d'acceptation, soit par voie de revendication, soit à titre de créancière; — Attendu, d'ailleurs, que l'article 1493, pour le cas de renonciation, n'est relatif, comme les articles 1470 et 1471, Code Napoléon, pour le cas d'acceptation, qu'aux rapports des époux entre eux, et ne porte aucune atteinte aux droits des créanciers vigilants sur les biens qui sont leur gage;

« Attendu, en fait, que la veuve Moinet, mariée sous le régime dotal, avec stipulation d'une société, d'acquêts, a renoncé à cette société, que les créanciers ont formé opposition avant qu'elle n'ait été légitimement payée du montant de ses reprises par l'héritier bénéficiaire de son mari; qu'elle a toutefois repris sans contestation, tous ses propres existant en nature; — Attendu que la veuve Moinet ne pouvant sous les principes du régime de communauté, comme sous le régime dotal, prétendre aucun droit exclusif à

raison de ses autres reprises sur les biens meubles appartenant ou dévolus à la succession de son mari et n'ayant le cas échéant, qu'une hypothèque légale sur les immeubles, l'arrêt attaqué, en la déclarant mal fondée dans sa demande à fin de prélèvement préalable, à titre de propriétaire, sur l'actif mobilier et immobilier provenant de la communauté, du montant des dites reprises, par préférence aux créanciers opposants, et en la renvoyant, quant aux biens meubles à la distribution par contribution pour y faire valoir ses droits ainsi qu'elle avisera, n'a, dans son dispositif, violé ni les articles invoqués du Code Napoléon, ni les principes généraux de la matière, et n'a fait qu'une juste application des articles 1493 et 2093 du même Code; — Par ces motifs, rejette etc. »

Les principes énoncés par cet arrêt s'appliquent à la communauté légale comme à la communauté conventionnelle, à la femme qui a accepté cette communauté aussi bien qu'à la femme qui y a renoncé, et ils ne distinguent pas s'il s'agit des rapports de la femme avec les créanciers de la communauté ou de ses rapports avec son mari.

Il est inutile d'insister sur les arguments invoqués par la Cour de Cassation, pour établir que la femme est créancière de ses reprises, ils sont une réfutation directe de la théorie soutenue jusqu'ici par la jurisprudence de la Cour Suprême.

§ 3. — Conséquences d'ordre pratique et d'ordre scientifique découlant de la jurisprudence de l'arrêt Moinet.

1. — Tout d'abord la *femme ne possède aucun privilège pour le paiement de ses reprises*, elle vient en concours avec les créanciers de la communauté.

2. — En second lieu ce *droit aux reprises a un caractère essentiellement mobilier* comme la créance dont il dérive. Le principal argument, invoqué par de nombreux arrêts est le suivant : ce qui est dû avant tout à l'époux créancier de reprises c'est une somme d'argent, or le droit à une somme d'argent est essentiellement mobilier.

« Quelque soit le mode de paiement des reprises, dit un arrêt de la Cour de Caen, il ne constitue que l'acquit d'une dette et le moyen employé pour l'éteindre n'en change pas la nature... l'attribution d'immeubles laisse subsister le caractère de créance primitive qui était essentiellement mobilier (50).

Nous verrons ,cependant, la Cour de Cassation décider, le 19 janvier 1925, que si le droit de reprise de la femme est, en principe, mobilier il est, pourtant, susceptible de revêtir un caractère immobilier, du fait des immeubles ayant été l'objet du prélèvement.

Si le droit aux reprises a le caractère d'une créance mobilière la jurisprudence en conclut ainsi que les *reprises ne sont pas susceptibles d'hypothèque* et qu'elles ne peuvent être attribuées qu'au légataire du mobilier.

3. — Elle décide, de même, que le *prélèvement a un caractère facultatif* à la fois pour celui qui l'exerce et pour celui contre qui on l'exerce. Dans le premier cas, certains auteurs soutiennent que l'article 1471 doit être impératif, car un prélèvement non obligatoire serait sans but. Cependant, la jurisprudence est en sens contraire pour différents motifs, dont le principal est que, pour la jurisprudence, l'époux exerçant ses reprises est, avant tout, créancier, il possède donc ce droit qu'a tout créancier et dont aucun texte ne le prive : celui de demander la vente des biens de la communauté pour se payer. Un arrêt de la Cour Suprême, du 11 mai 1937 (51), vient encore de l'affirmer en déclarant qu'aucun texte de loi n'impose à la femme le mode de règlement prévu par l'article 1471, « sa qualité de créancière de sommes d'argent lui permettant, au contraire, d'exiger un paiement en deniers, si telle est sa volonté. »

Le prélèvement est facultatif aussi pour celui contre qui on l'exerce : il est évident que l'adversaire du prélevant n'a pas le droit de demander la mise en vente des biens

(50) Caen 27 juin 1861. S. 62. 2. 76.
(51) D. H. 1937. p. 334

de la communauté, pour empêcher l'époux d'exercer son prélèvement, mais il peut écarter la demande de reprises en payant la moitié du montant de la reprise, puisque ce qui est dû, avant tout, à l'époux c'est une somme d'argent (52).

Telles sont, en résumé, les conséquences pratiques, plutôt défavorables pour la femme, qu'entraînent la théorie de l'arrêt Moinet.

Il est aussi des conséquences d'ordre scientifique qui découlent du caractère de créancière attribuée par la jurisprudence, depuis 1858, à la femme qui exerce ses reprises.

II. — *Conséquence d'ordre scientifique découlant de l'arrêt Moinet et de la jurisprudence postérieure : reconnaissance tacite de la personnalité morale de la communauté.*

Il est certain que les tribunaux qui ont eu à statuer sur la nature des prélèvements de la femme, ne se sont occupés que de cette question et n'ont pas abordé le problème de la nature juridique de la communauté, ils n'avaient, d'ailleurs, pas à le faire explicitement. Seulement ces deux notions : nature des reprises, nature juridique de la communauté sont en corrélation étroite, et les solutions données à ces deux problèmes influent ,nécessairement, l'une sur l'autre; les juristes ne s'en sont, malheureusement, pas toujours rendus compte et c'est pourquoi ils ont admis des solutions contradictoires.

A. — *La thèse de la femme créancière de ses reprises implique d'une façon indubitable l'existence de la personnalité morale de la communauté.*

Les rédacteurs de l'arrêt Moinet, en soutenant que la femme qui exerce des prélèvements à titre de reprises, agit comme créancière de la communauté, ont été conduits, logiquement, à sous-entendre, d'abord, que la communauté était une personne morale et, ensuite, que sa personnalité ne disparaissait, tout comme en matière de sociétés ordinaires, qu'une fois les biens définitivement partagés.

(25) Req. 2 juin 1862. D. 62. 1. 426

L'analyse de la notion de droit de créance explique le bien-fondé de cette affirmation. Comme le dit Baudry-Lacantinerie dans son « Précis de Droit civil », le droit personnel ou droit de créance « c'est le droit que nous avons contre une personne déterminée, et qui nous permet d'exiger d'elle soit l'accomplissement d'un fait comme la prestation d'une somme d'argent, soit une abstention. Le droit personnel crée donc un rapport direct entre deux personnes; ce rapport, ce lien de droit (*vinculum juris*) constitue l'obligation : au point de vue actif il prend le nom de créance; au point de vue passif le nom de dette...

Il est certain que, dans l'hypothèse des reprises de la femme, le sujet actif est constitué par la femme qui exerce les prélèvements. Mais qui sera, en l'occasion, le sujet passif de ce droit ? Ce ne peut être le mari, puisque les prélèvements de la femme ne s'exercent qu'à titre subsidiaire sur les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance de la communauté. Or, contrairement à ce que l'on a voulu parfois soutenir, le mari n'est pas propriétaire de la communauté, il en est seulement administrateur (article 1421). C'est la communauté qui est débitrice puisque c'est contre elle qu'est exercé le droit de créance de la femme. Par conséquent, en proclamant la femme commune en biens créancière de ses reprises, à l'encontre de la communauté, la Cour de Cassation a forcément érigé la communauté, même dissoute, en sujet de droit, donc a consacré la théorie de la personnalité morale sur un point particulier. Sans cela on ne pourrait pas parler de la femme agissant à titre de créancière contre la communauté, puisque la communauté, ou n'existe plus, ou n'a jamais eu une vie juridique autonome. Nous avons d'ailleurs vu que le lien unissant les deux questions n'avait point échappé aux juristes qui soutenaient la thèse de la femme-propriétaire et qui faisaient remarquer que leur thèse s'imposait précisément parce que la communauté ou ne devait pas être considérée comme une personne morale ou perdait la personnalité morale *ipso facto* au moment de la dissolution.

Les rédacteurs de l'arrêt Moinet, eux, ont agi inconsciemment, sans se rendre compte qu'ils se mettaient ainsi en désaccord avec la théorie jurisprudentielle concernant la nature juridique de la communauté.

B. — *La solution adoptée par la Cour de Cassation en 1858 est en contradiction, en effet, avec celle qu'elle a admise sur la nature juridique de la communauté.* A part Troplong, la plupart des auteurs du XIXe siècle, se refusent à reconnaître dans la communauté une personne morale, la société conjugale est présentée tantôt comme une institution autonome, tantôt comme une copropriété ou indivision obéissant à des règles spéciales ou, suivant une expression qui semble jouir actuellement de la plus grande vogue, comme une « indivision organisée » (Planiol, Ripert et Nast, Capitant), tantôt, enfin, comme une copropriété en main commune ou Gesammte Hand (Masse, Josserand). Pourtant de nos jours la doctrine de l'être moral, si discréditée, a fait l'objet d'une adhésion formelle de la part de M. Bonnecase dans le tome IV du « Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie », et dans le tome III de son « Précis de droit civil ». M. Carbonnier, lui aussi, a récemment consacré cette théorie dans sa thèse sur « le Régime matrimonial » en 1932.

Quant à la jurisprudence, elle persiste à repousser la théorie de la personnalité morale de la communauté après y avoir adhéré quelque temps au début du XIXe siècle. Sans doute, les tribunaux n'ont jamais été saisis de l'énoncé abstrait de ce problème juridique, mais à l'occasion de solutions concrètes, ils ont parfois rendu des décisions conscientes, avec la préoccupation directe et délibérée, de trancher le problème général de la nature juridique de la communauté.

Première phase. — Si l'on parcourt chronologiquement la jurisprudence on s'aperçoit que, jusqu'au milieu du XIXe siècle, elle penche pour la théorie de la communauté personne morale. C'est devant la Cour de Bordeaux, le 30 août 1810, à l'occasion de la société d'acquêts adjointe au régime dotal, que l'on voit éclore la théorie à propos du

droit de préférence des créanciers communs. En 1827, la Cour de Cassation manifesta, à son tour, les mêmes tendances : elle déclara en effet, que lorsque les époux communs en biens s'obligent solidairement, ce n'est pas le mari et la femme qui sont, chacun pour moitié, débiteurs du montant de l'obligation; c'est la communauté qui est débitrice principale du tout, la femme en étant caution (53).

Plus remarquable encore est un autre arrêt de la Cour Suprême, du 24 janvier 1837 : il décide que la communauté une fois dissoute, les créanciers personnels de la femme ne peuvent rien saisir qu'après liquidation et sont, par conséquent, primés sur les biens communs par les créanciers de la communauté (54).

Vers la même période plusieurs cours d'appel n'hésitèrent pas, elles non plus, à traiter la communauté en être moral (55).

Deuxième phase. — Mais un *revirement de jurisprudence* allait se produire; à son origine nous rencontrons l'*arrêt Barcon*, du 18 avril 1860 (56), deux ans après le célèbre arrêt Moinet, qui, ainsi que nous l'avons exposé, avait consacré implicitement la théorie de la communauté personne morale; dans *l'arrêt Barcon*, la Chambre civile se prononce formellement contre cette théorie en déniant aux créanciers de la communauté en liquidation toute préférence sur les créanciers personnels des époux. Un jugement du Tribunal de Beaune avait déclaré que « la communauté sous le rapport des biens n'est autre chose qu'une société d'intérêts entre les deux époux..., que cette société a un actif et un passif déterminés par la loi, qu'elle a une administration, que l'époque de sa naissance et de sa dissolution sont clairement établies... ». La Cour de Besançon,

(53) Req. 29 novembre 1827. D. 28. 1. 37.

(54) Req. 24 janvier 1837. S. 37. 1. 107.

(55) Caen 13 novembre 1844. S. 46. 2. 31; Lyon 23 juillet. 1858. S. 59. 2. 615. D. 60. 2. 185.

(56) S. 1860. 1. 305. D. 1860. 1. 185.

puis la Cour de Cassation saisie du pourvoi, se prononcèrent en sens opposé « Attendu qu'en ce qui concerne les tiers, la loi ne reconnaît pas dans la communauté une personne civile se séparant des conjoints par le mariage entre lesquels elle est formée; qu'en effet, le mari absorbe tant qu'elle dure la communauté dans sa personne, que cette personnalité du mari, seule apparente devant la loi, est exclusive d'une présomption de droit qui ne pourrait se fonder que sur la supposition de la part des créanciers porteurs de titres, consentis pendant la communauté qu'ils auraient entendu ne traiter qu'en vue d'un être moral qui ne leur était pas annoncé... ».

Si l'arrêt Barcon se refuse à voir dans la communauté une personne civile, c'est seulement à l'égard des tiers; il laisse entendre que les rapports des conjoints entre eux sont régis différemment.

En 1877, la Cour suprême, dans les motifs de l'*arrêt de Fos*, lance, contre la personnalité de la communauté conjugale, une attaque plus vigoureuse, à propos de la preuve des reprises de la femme vis-à-vis des créanciers du mari. « Attendu que la dame de Fos soutient qu'elle a droit à une récompense pour les effets mobiliers servant à son usage personnel et que cette récompense étant due par la communauté, l'article 1499 et les autres dispositions légales ne sont pas applicables à la cause. Mais, attendu que ce système suppose que la communauté de biens constitue une personne morale ayant un actif et un passif distincts du patrimoine personnel des époux et survivant pour la liquidation au décès de l'un d'eux ou à la séparation de biens prononcée en justice; que cette supposition sans laquelle le système ne se comprendrait plus, ne saurait être admise; qu'en effet, la communauté s'incorpore tant qu'elle dure à la personne du mari et que la dissolution a, de plein droit, pour effet de diviser le passif comme l'actif commun par moitié entre les époux ou leurs représentants; que pour ce qui est en particulier des récompenses ou indemnités auxquelles les époux peuvent avoir droit, chacun d'eux est tenu pour moitié de celles qui sont dues à son

conjoint, avec cette différence que les récompenses dues à la femme se prélèvent sur les biens communs par préférence à celles dues au mari, qu'en cas d'insuffisance elles s'exercent même sur les biens du mari. » (57).

Un arrêt de la Chambre civile, du 28 février 1856 (58), est encore plus important. Affirmant que l'effet rétroactif du partage, en matière de communauté, remonte à l'entrée de chaque bien dans le patrimoine commun et non au jour de la dissolution, cet arrêt condamne la théorie de la personnalité morale et adhère à la théorie de l'indivision.

A peu près à cette époque la Cour de Cassation reconnût la personnalité morale aux sociétés civiles (59).

La communauté n'est-elle pas, en effet, une société civile ? Il semblerait que l'affirmative s'impose, on retrouve en effet dans la communauté entre époux, les éléments essentiels de toute société civile : mise en commun, consentement des parties, enfin l'« *affectio societatis* » ou ferme intention de grouper les efforts de chacun en vue d'atteindre un but commun.

Malgré cela la jurisprudence postérieure continue à écarter le système de la personnalité morale. Un jugement du Tribunal civil de Bourganeuf, du 18 janvier 1901 (60), et un autre jugement du Tribunal civil d'Hazebrouck, du 22 février 1901 (61) énoncent que la communauté n'est pas une personne morale, mais qu'elle forme tout au moins entre les époux, une indivision d'une nature spéciale, soumise à des règles différentes de celles qui régissent les rapports des copropriétaires ordinaires. Le 3 juin 1903 (62), la Cour d'appel de Bruxelles affirme que la communauté n'est pas une personne civile distincte des deux époux, qu'elle

(57) D. 18 S. 1. 465.

(58) S. 1856. 1. 913.

(59) Req. 23 février 1891. S. 92. 1. 531.

(60) S. 1903. 2. 285.

(61) S. 1903. 2. 285.

(62) S. 1905. 4. 4.

se confond avec eux; elle en conclut qu'il ne saurait être question d'un droit de préférence des créanciers de la communauté sur les créanciers personnels des époux. A son tour, le 19 mai 1906 (63), la Cour d'appel d'Aix rend un arrêt par lequel, après avoir dénié une fois de plus la personnalité morale de la communauté, elle décide que la communauté n'a pas un patrimoine propre, que les époux associés pour la jouissance de leurs revenus, conservent la propriété de leurs biens personnels, et que cette propriété s'étend même, par l'effet rétroactif du partage, aux biens leur étant attribués à ce dernier titre, de sorte que, finalement, ces biens devront être considérés comme leur ayant toujours été personnels.

Plus récemment encore, nous trouvons l'*arrêt Montagny* de la Cour de Lyon, rendu le 15 juillet 1926 (64), qui déclare que la communauté conjugale n'ayant pas la personnalité civile et constituant une masse patrimoniale dont les époux sont copropriétaires, avec le mari comme chef, les biens qui la composent deviennent indivis entre les conjoints ou tombent dans le fonds commun et par suite le partage rétroagit à ce moment. Sous cet arrêt il y a une note approbative de M. Nast qui adopte pleinement cette doctrine.

Ainsi cette jurisprudence relative à la nature juridique de la communauté se trouve en contradiction avec l'arrêt Moinet et les arrêts postérieurs, qui ont consacré la même thèse. Les juges se sont aperçus du désaccord qui existait dans les solutions qu'ils avaient proclamées et, pour essayer de rattraper en quelque sorte leur affirmation discordante, ils se sont jetés depuis quelques années dans les plus troubles combinaisons d'idées en ce qui concerne la nature juridique des reprises.

---

(63) S. 1908. 2. 61.
(64) D. 1927. 2. 129

§ 4. — Essai de synthèse entre les notions de propriété ou de copropriété et la notion de créance

I. *La jurisprudence a d'abord déclaré l'épouse commune en biens à la fois propriétaire et créancière de ses reprises.* — Peu de temps après l'arrêt Moinet, le 3 août 1858 (65), un jugement déclara que la femme exerçait ses reprises « à titre de créancière et de commune ». Mais ce ne fut d'abord qu'une doctrine assez imprécise.

Cette idée est reproduite avec beaucoup plus de netteté le 6 décembre 1910 (66), dans l'*arrêt Marchand*. Les époux Marchand s'étaient mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Le sieur Marchand décéde, le 31 mai 1892, laissant sa femme et une fille mineure. La dame Marchand accepte la communauté demeurée indivise. Au cours de cette indivision les époux Lance, créanciers de la communauté, obtiennent condamnation au payement de leur créance, par jugement du 18 mars 1897, en vertu duquel ils ont pris inscription d'hypothèque judiciaire sur les immeubles de la communauté, le 1er mars 1899. L'hypothèque légale de la demoiselle Marchand est inscrite le 1er mai 1899, ayant sa majorité survenue le 18 juillet 1900. Par le partage de la communauté et de la succession Marchand, homologué par jugement du Tribunal civil de Vienne, le 23 mars 1901, les immeubles de la communauté ont été attribués à la dame Marchand en paiement de ses reprises. Ces immeubles ayant été aliénés et un ordre ayant été ouvert sur le prix, un jugement du Tribunal civil de Lyon du 10 mai 1905 a colloqué la demoiselle Marchand pour le reliquat de son compte de tutelle avant les époux Lance. Sur appel, la Cour de Lyon a réformé le jugement en déclarant que « la dame Marchand a exercé ses reprises à titre de créancière et non à titre

---

65 S. 1858. 1. 711

66 S. 1914. .123.

de propriétaire. D'où il suit que les immeubles qui lui sont parvenus par cet acte et lui ont été donnés en paiement n'ont pu être acquis par elle que grevés des charges régulièrement constituées pendant la communauté et notamment de l'hypothèque des époux Lance; qu'il importe peu que cette hypothèque ait été prise en vertu d'un arrêt intervenu après la dissolution de la communauté puisque cet arrêt a été obtenu contre les reprises possibles de cette communauté et pour des causes antérieures à la dissolution de cette communauté ».

Pourvoi en cassation de la demoiselle Marchand. La Cour rendit l'arrêt suivant : « Attendu que dans la liquidation entre époux ou leurs reprises d'une communauté acceptée par la femme, *c'est en leur double qualité de créanciers et de copartageants que les époux exercent le prélèvement de leurs reprises*, dans les termes de l'article 1470 sur la masse active de la communauté, grossie des récompenses et rapports fictifs; que ces prélèvements constituent alors une des opérations du partage avec lequel ils se confondent, que c'est à ce titre, en les considérant comme une des opérations du partage de la communauté, que la loi les a placés sous la rubrique du partage de la communauté que c'est par la même raison que les biens prélevés par chaque époux sur la masse commune pour ses reprises lui adviennent avec le caractère déclaratif de propriété que la loi attache au partage; Attendu toutefois que ce caractère déclaratif n'a pas pour conséquences d'anéantir les droits dont le mari avait grevé les biens communs prélevés par la femme; qu'en effet, les actes accomplis par le chef de la communauté dans la limite des pouvoirs que lui confère l'article 1421 C. civil, sont opposables à la femme acceptante et qu'en cas de concours entre les titulaires de ces droits et les bénéficiaires des droits de même nature créés par la femme, le conflit se tranche par application des règles de droit commun... Attendu que, par l'effet déclaratif du partage de 1901 la veuve Marchand était censée avoir eu la propriété des immeubles à elle attribués, à dater de leur entrée dans la communauté, sauf l'effet des

charges dont ils pouvaient être grevés du chef du mari, que l'hypothèque pupillaire avait donc frappé ces immeubles à partir de 1892, date de l'ouverture de tutelle et que cette hypothèque dispensée d'inscription était opposable aux tiers depuis cette époque; qu'elle primait en conséquence l'hypothèque judiciaire des époux Lance inscrite seulement en 1899. Attendu néanmoins que dans l'ordre ouvert sur le prix de vente des conquêts immeubles prélevés par la femme Marchand et aliénés après le partage, la Cour de Lyon a décidé que les époux Lance seraient colloqués avant la demoiselle Marchand par le motif que l'hypothèque légale de cette dernière n'aurait grevé les dits immeubles qu'à partir de 1900, sa mère simple créancière des reprises, devant être considérée comme devenue seulement à l'époque du partage propriétaire des biens reçus par elle à titre de dation en paiement, en quoi l'arrêt attaqué a méconnu le caractère juridique des prélèvements exercés par la femme acceptante et violé les textes de lois susvisés. — Casse, etc... »

L'arrêt Marchand est en contradiction directe avec la doctrine de l'arrêt Moinet. Il est juridiquement impossible de dire qu'on peut être à la fois créancier et propriétaire d'une seule et même chose; la logique exige qu'on choisisse entre ces deux qualités. La doctrine de l'arrêt Marchand est d'autant plus incompréhensible que la femme n'est pas seulement considérée comme propriétaire de ses reprises dans ses rapports avec le mari, mais aussi dans ses rapports avec les tiers.

Auparavant la Cour de Cassation avait distingué s'il s'agissait des rapports des époux entre eux, ou de leurs rapports avec les tiers. Nous en trouvons un exemple dans un arrêt du 13 août 1883 (67) où la Cour de Cassation déclare « que lors de la liquidation entre époux ou leurs représentants d'une communauté acceptée par la femme, c'est en leur double qualité de créanciers et de coparta-

(67) 75. 1884. 1. 289.

geants que les époux exercent le prélèvement de leurs reprises successives dans les termes de l'article 1470 C. civ... ». Dans l'arrêt Marchand nous ne trouvons plus trace de cette distinction.

II. — *La femme exerçant ses reprises déclarée successivement copropriétaire, puis créancière suivant l'époque où l'on se place.*

La Cour d'Orléans, dans un arrêt du 8 avril 1891 (68), a adopté cette théorie qui a ensuite été consacrée par la Cour de Cassation, le 16 novembre 1921 (69) dans *l'arrêt Brunet*. Pendant la guerre les époux Brunet, mariés sous le régime de communauté d'acquêts, achètent un fonds de commerce. En 1919, demande en divorce, et une ordonnance de référé confie à la dame Brunet l'administration provisoire du fonds. Le sieur Brunet vend sans concours de sa femme le fonds de commerce à M. T... La dame Brunet fait une tierce opposition, mais elle est repoussée; en même temps agissant comme créancière de son mari à raison de ses reprises, elle fit opposition sur le prix de vente du fonds. Puis il y eut déclaration de surenchère du 6e et une demande que le fonds de commerce soit mis aux enchères, une autre surenchère est formée par un créancier opposant. La surenchère de la dame Brunet étant déclarée nulle, celle-ci déclare intervenir dans l'instance en validité de surenchère du créancier et se joindre à lui pour demande aux enchères. En 1919, un jugement du Tribunal d'Amiens fit droit à ses conclusions. Arrêt infirmatif de la Cour d'Amiens qui refusa de donner effet à une surenchère portée par la dame Brunet sous prétexte qu'étant copropriétaire des biens communs aussi longtemps que la communauté n'était pas dissoute, elle n'avait pas qualité de créancière, laquelle seule l'aurait habilitée à agir comme elle l'avait fait, alors qu'aux termes de l'art. 242 C. civ., il

---

(68) D. P. 1894. 2. 402.
(69) S. 1923. 1. 217

appartient à la femme au cours de l'instance en divorce de prendre toutes mesures conservatoires susceptibles de sauvegarder ses droits dans la liquidation de la communauté et qu'elle doit être à ce titre considérée comme créancière...

La dame Brunet se pourvut en cassation : la Chambre des Requêtes ne sut pas prendre partie entre la qualité de créancière et celle de copropriétaire et finalement considéra la femme comme successivement copropriétaire de la communauté non encore dissoute et créancière des reprises après la dissolution. Elle voulut ainsi concilier la théorie de l'arrêt Moinet avec celle de l'arrêt Barcon, mais ce fût en vain. Comment expliquer, en effet, que ce que l'on considère comme un droit de copropriété durant l'existence de la communauté, devienne à sa dissolution un droit de créance ? Comment admettre que la communauté indivision ou même société sans personnalité tant qu'elle existe devienne ensuite une personne morale ? De telles solutions sont inadmissibles.

III. — *Le droit de reprises envisagé comme une créance mobilière susceptible de se transformer en droit immobilier.*

Dans l'*arrêt Pradel* du 10 janvier 1925 (70), il est dit que « le droit qui appartient à la femme commune en biens de reprendre, lors de la dissolution de la communauté, le montant des valeurs mobilières qu'elle y a versées, le prix de ses propres aliénés sans remploi et les indemnités qui lui sont dues est un droit mobilier comme la créance dont il dérive ». Mais cet arrêt ajoute que « dans le cas où les reprises sont payées au moyen du mode spécial de règlement institué par l'article 1471 Code civil, le prélèvement en nature des immeubles de la communauté, effectué par la femme, doit être considéré comme se rattachant au partage et que ces immeubles lui adviennent, en conséquence,

(70) S. 1926. 1. 39

avec le caractère déclaratif de propriété que la loi attache à cette opération ».

Cet arrêt s'inspire à la fois de l'arrêt Moinet et de l'arrêt Savary : comme le premier, il déclare que le droit de prélèvement de la femme est essentiellement un droit mobilier, comme la créance dont il dérive; mais en conformité avec l'arrêt Savary, il laisse entendre qu'éventuellement ce droit peut revêtir un caractère immobilier si un immeuble est attribué à la femme à titre de prélèvement.

Conclusion. — Malgré les hésitations de la jurisprudence depuis quelques années, l'opinion dominante sur la nature juridique des prélèvements de la femme demeure basée sur la doctrine de l'arrêt Moinet : par conséquent, on décide, communément, que la femme agit comme créancière et concourt avec les autres créanciers de la communauté. Ainsi que nous l'avons remarqué, cette solution est conforme à l'idée de communauté personne morale. Or nous adoptons entièrement cette dernière solution comme étant seule conforme à la réalité des choses; il semblerait donc logique que nous adoptions aussi la théorie de l'arrêt Moinet. Mais cette thèse aboutit à une conséquence désastreuse pour la femme en la faisant concourir avec les autres créanciers de la communauté. N'est-il pas possible de rejeter cette conséquence tout en maintenant l'idée de la personnalité morale de la communauté conjugale en liquidation ? Au premier abord cela peut paraître difficile, ce n'est pourtant pas impossible. Il faut, en effet, se rappeler que les créanciers chirographaires ne se trouvent pas tous dans la même situation vis-à-vis du patrimoine de leur débiteur. On distingue, en effet, à côté des créanciers chirographaires à gage général ou indéterminé qui exercent leur droit sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur et qui se trouvent ainsi en concours rigoureux avec les autres créanciers, les créanciers chirographaires à gage spécialisé dont le droit porte sur certains éléments du patrimoine de leur débiteur. Ces éléments leur sont affectés par préférence à d'autres et ils viendront les rem-

plir de leurs droits par rapport aux autres créanciers. Cette deuxième catégorie de créanciers se subdivise, à son tour, en créanciers chirographaires à gage déterminé et en créanciers chirographaires à gage individualisé : les premiers sont ceux auxquels est affectée, d'une manière particulière, une quote-part qui leur sera dévolue par voie de prélèvement et par préférence aux autres créanciers. Pour les seconds, c'est un bien individualisé du patrimoine du débiteur qui assure le paiement de leur créance soit sous la forme d'un prélèvement, soit sous la forme d'un droit de rétention.

Le droit aux reprises de la femme ne peut-il être considéré comme une créance chirographaire à gage déterminé ? Ceci semble conforme aux articles 1470 et 1471 du Code civil. Telle est la solution adoptée par M. Carbonnier; adoptant ses conclusions nous dirons avec lui que « la femme se présente bien comme créancière de ses reprises à l'égard de la communauté et même comme créancière chirographaire. Seulement il faut combiner cette considération avec l'idée que le créancier chirographaire, ayant cause à titre particulier, peut avoir une action immédiate sur certains éléments concrets du patrimoine du débiteur : dans le cas des reprises de l'épouse commune en biens, cette action immédiate se justifie d'autant mieux, qu'elle porte, en réalité, sur des éléments subrogés aux valeurs qui sont entrées, du chef de la créancière, dans le patrimoine de la personne morale débitrice, qui s'y sont déposées transitoirement. La femme pour extraire de la communauté les éléments subrogés à ses valeurs propres, a un droit de créance à gage déterminé, c'est-à-dire un droit de créance garanti par une quote-part dont la prise de possession s'effectue sous la forme d'un prélèvement (articles 1470 et 1471). De la sorte, elle doit être payée de ses reprises avant tout créancier chirographaire ordinaire de la communauté. » (Carbonnier : thèse sur le régime matrimonial, 1932).

SECTION III

Assiette de l'hypothèque légale de la femme commune en biens

L'hypothèque légale de la femme porte sur tous les biens immobiliers du mari, tant sur les biens acquis au cours du mariage et même après sa dissolution que sur les biens présents, c'est-à-dire sur ceux possédés par lui, au moment du mariage. Seulement, en matière de régimes de communauté, il s'est élevé de graves difficultés : on s'est demandé, en effet, si l'hypothèque légale de la femme porte sur les conquêts. La jurisprudence a résolu la question en distinguant suivant que la femme renonce à la communauté ou l'accepte.

§ 1. — Cas de renonciation de la femme à la communauté : existence de son hypothèque légale sur les conquêts de communauté

La jurisprudence s'est toujours prononcée en ce sens — Le premier arrêt que nous rencontrons c'est l'*arrêt Meyer* du 8 novembre 1813 (71) : « La Cour, vu les articles 2121 et 2135 portant : article 2121 : « les droits et créances aux-

(71) S. 1820. 1. 120

quels l'hypothèque légale est attribuée, sont ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari... » — Article 2135 : « L'hypothèque existe indépendamment de toute inscription : 1°..., 2° au profit des femmes pour raison de leurs dots et conventions matrimoniales sur les immeubles de leur mari et à compter du jour du mariage. La femme n'a hypothèque que pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou du jour que les donations ont eu leur effet... » — Attendu que de la combinaison des motifs de l'arrêt attaqué avec son dispositif, il résulte, évidemment, qu'en déclarant la dame Meyer non recevable dans sa demande en déclaration d'hypothèque sur les biens vendus par son mari à Bruder, la Cour royale de Colmar a non seulement dénié à ladite dame l'exercice actuel de son action hypothécaire, ce qui n'était qu'une juste conséquence de l'annulation prononcée des sentences de séparation et de liquidation des 16 germinal au X et 14 nivôse an XII; mais que cette Cour, lui a encore dénié, par des considérations relatives à la qualité de juif du sieur Meyer qu'aucune disposition de loi ne justifie, tout droit d'hypothèque sur les biens possédés par ce dernier et par lui aliénés à des tiers; que, sous ce rapport, l'arrêt attaqué présente une violation formelle des articles 2121 et 2135 précités du Code civil, qui assurent aux femmes mariées une hypothèque légale sur les biens de leurs maris, indépendamment même de toute inscription; casse, etc. »

Quelques années plus tard dans l'*arrêt Adam*, la Cour de Cassation se montra plus explicite (72). Cet arrêt est ainsi conçu : « La Cour : vu les articles 2121 et 2122 du Code civil ainsi conçus : Article 2121 : « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari. » — Article 2122 : « Le créancier qui a une hypothèque légale peut

(72) Civ. cassation 9 novembre 1819. S. 20. 1. 119.

exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui seront ci-après exprimées »; — Attendu qu'aux termes de ces articles, tous les biens présents et à venir du mari sont soumis à l'hypothèque légale de la femme; que du nombre de ces biens sont les conquêts de la communauté, puisque la moitié en appartient actuellement au mari et que la femme n'accepte point la communauté; que, par suite, ils sont légalement affectés aux reprises de la femme en cas de renonciation; qu'aucune loi n'excepte, de cette affectation, les conquêts aliénés par le mari pendant la communauté; qu'on ne peut, par conséquent, les en excepter sans violer ces mêmes articles; que si le mari a le droit de vendre cette espèce de biens pendant la communauté, sans le consentement de la femme, il ne s'ensuit point que, si elle renonce, elle ne puisse exercer son hypothèque sur ceux qu'il a aliénés avant sa dissolution, à moins que les acquéreurs ne l'aient purgée par les voies légales; qu'en effet, le droit du mari à cet égard est essentiellement subordonné à celui que l'article 1453 donne à la femme de renoncer à la communauté, si mieux elle n'aime l'accepter; qu'il suit nécessairement de cet article que, en cas de renonciation les actes faits par le mari pendant la communauté, lui demeurent exclusivement personnels, et ne peuvent conséquemment faire obstacle à l'hypothèque de la femme ni à son exercice; que le système contraire exposerait la femme à perdre ses reprises, tandis que l'hypothèque des conquêts aliénés par le mari, tant que la communauté subsiste, lui en assure la conservation sans nuire à personne, puisque le mari peut la faire réduire si elle excède; que ceux qui contractent avec lui sont libres de ne point le faire, connaissant ou ne devant point ignorer la condition de celui avec qui ils traitent, et que si les acquéreurs veulent en purger les immeubles par eux acquis, ils le peuvent en usant des voies légales établies à cet effet; — Et attendu que, dans l'espèce, la femme Adam a renoncé à la communauté de biens entre elle et son mari; que, dès lors, la maison dont il s'agit

demeure soumise à son hypothèque, quoiqu'elle ait été aliénée par le mari pendant la communauté et que, par suite, l'arrêt dénoncé, en jugeant le contraire, viole les articles 2121 et 2122 du Code civil; — Casse, etc. »

Parmi les arrêts qui ont ensuite confirmé cette jurisprudence, on peut citer l'*arrêt Montlaurent* du 26 janvier 1876 (73) qui décida lui aussi « que par suite de la renonciation de la femme, la communauté est considérée comme n'ayant jamais existé; que la femme renonçante perd toute espèce de droit sur les biens qui en dépendaient, et que ces biens sont réputés avoir été, dès l'origine, la propriété exclusive du mari; qu'il résulte de ces principes que l'immeuble ameubli par le mari continue de lui appartenir, après la renonciation de sa femme à la communauté, au même titre qu'avant le mariage. »

§ 2. — Cas d'acceptation de la communauté par la femme : inexistence de l'hypothèque légale sur les conquêts de communauté

De bonne heure, la Cour de Cassation a rejeté l'existence de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts de communauté dans l'hypothèse de l'acceptation de la communauté. C'est dans *l'arrêt Mandron* du 16 février 1841 (74) que nous trouvons l'explication de cette théorie. « La Cour : sur le premier moyen : Attendu que Cason et consorts, acquéreurs de certains immeubles dépendant de la société d'acquêts des époux Mandron, avaient évidemment intérêt à ce que, dans le partage de ladite société, les immeubles par eux acquis ne fussent pas compris dans la masse à partager; qu'ainsi leur intervention était justifiée; — Sur le deuxième moyen : attendu qu'il résulte virtuellement du jugement du 7 juin 1831, confirmé par l'arrêt du 29 janvier 1836, que les immeubles acquis par Cason et Consorts de-

(73) S. 1876. 2. 241.
(74) S. 1841. 1. 551.

vaient être affranchis de l'hypothèque légale de la dame Mandron; qu'au surplus, cela était de droit; qu'en effet, *le mari comme chef de la communauté, est le mandataire légal de la femme, quant aux biens qui la composent, et qu'il suit de là que la femme qui ne renonce pas à ladite communauté est non recevable à exercer son hypothèque légale sur les acquêts vendus par son mari;* rejette, etc... »

§ 3. — Appréciation de la jurisprudence relative à la question de l'existence de l'hypothèque légale de la femme sur les Conquêts de la Communauté

Le problème de l'assiette de l'hypothèque légale de la femme commune en biens a aussi, en doctrine, donné lieu à de vives controverses. Si la plupart des auteurs ont adopté la théorie jurisprudentielle, il y a eu pourtant des variantes. C'est ainsi que pour Bertauld, la femme conserve dans certains cas, malgré son acceptation, son droit hypothécaire sur les conquêts de communauté.

Loin de se contenter de la distinction entre la femme renonçante et la femme acceptante, certains juristes compliquent encore le problème en multipliant les distinctions : on distingue dans chacune des deux hypothèses visées par la Cour de Cassation, le cas où les conquêts se trouvent dans la masse de l'actif commun à la dissolution de la communauté et celui dans lequel les conquêts ont été grevés de droits réels par le mari avant la dissolution de la communauté. On a encore donné des solutions différentes suivant que la femme exerce son hypothèque légale après la dissolution de la communauté, ou qu'elle l'exerce pendant la durée de la communauté.

Pourtant, il s'est trouvé des auteurs pour combattre ces théories et Labbé, dans une note sous *l'arrêt Montlaurent*, a fort bien résumé les critiques que l'on peut adresser à la solution jurisprudentielle. « Nous ne voyons pas, écrit-il, pourquoi l'état de communauté qui a existé entre époux serait réputé avoir existé, selon le parti que la femme

prend après la dissolution. Pourquoi, sans texte de loi qui nous y force, altérer la réalité des choses par des fictions ? Le Code civil dit simplement que la femme renonçante perd tout droit dans les biens de la communauté. Pourquoi ne pas liquider, à l'égard de tous, les actes accomplis durant la communauté, en respectant le fait de la société, sous l'empire duquel ces actes ont été accomplis ? On compare la femme à un héritier qui renonce, soit; mais l'ouverture de cette espèce de succession doit être placée à la dissolution de la communauté. Donc si, aux termes de l'article 785 du Code civil, la renonciation rétroagit, elle ne doit pas rétroagir au delà de cette époque : la dissolution de la communauté, où par la cessation de l'état organisé et certain de société a commencé l'état indéterminé d'indivision. Il est plus exact de comparer la femme commune en biens à un associé commanditaire, lequel, à la dissolution d'une société qu'il n'a pas gouvernée, peut s'exonérer du passif en abandonnant sa mise sociale... En résumé, si nous devions prendre des conclusions sur l'espèce, nous dirions : Le Code civil confère à la femme mariée hypothèque légale sur les immeubles du mari et non sur les immeubles de la communauté. L'hypothèque légale de la femme mariée ne saurait donc nuire à aucun des actes accomplis par le mari comme chef de la communauté, à aucun droit acquis à des tiers sur les conquêts. Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence à mettre entre le mari commerçant et le mari non commerçant. Il en résulte que les créanciers du mari commerçant, qui durant la communauté, avant que la femme ait obtenu sa séparation judiciaire, ont fait déclarer le mari en faillite, n'ont pas à redouter sur les conquêts l'hypothèque légale de la femme. Ils n'ont pas besoin de se prévaloir de l'article 563 du Code de commerce pour arriver à ce résultat. (75) »

Nous adhérons pleinement aux idées exposées par Labbé en déclarant que, dans le cas de renonciation comme,

---

(75) Note Labbé. S. 1875, 2. 241

dans le cas d'acceptation, la femme ne peut prétendre exercer son hypothèque légale sur les immeubles communs — Aussi bien, cette solution nous est dictée par le caractère de personne morale que nous reconnaissons à la communauté.

M. Troplong l'avait compris et de nos jours M. Bonnecase s'est prononcé dans le même sens.

La communauté est, en effet, une personne morale dotée d'un patrimoine propre et l'indivision résultant de la dissolution de la communauté, ne rétroagit pas au jour même de la communauté, mais se fixe à la date de la dissolution. En conséquence, durant l'existence de la communauté les conquêts ne peuvent être dans le patrimoine du mari. Ce n'est qu'à partir de la dissolution et sur des immeubles mis dans le lot du mari que l'hypothèque légale peut se manifester.

CHAPITRE IV

L'ŒUVRE DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE PARTAGE DE LA COMMUNAUTÉ

Après que les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent, telle est la formule de l'article 1474, et l'article 1476 ajoute : le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne les formes, la licitation des immeubles quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre des successions pour les partages entre cohéritiers; cet article pose ainsi le principe de l'assimilation du partage de la communauté au partage des successions.

Il en résulte que, sur ce point, les questions qui ont été l'objet de controverses ont été résolues dans le même sens, qu'il s'agisse du partage de la communauté ou du partage des successions.

Toutefois, il n'y a pas analogie complète, et nous allons voir que le partage de la communauté présente certains caractères particuliers qui le distinguent des autres partages.

SECTION I

Effets du partage.

I. — *Effet déclaratif du partage.*

Comme en matière de succession, c'est l'article 883 qui s'applique : chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriéété des autres effets de la succession : ce texte pose le principe de *l'effet déclaratif du partage*.

Le droit romain donnait au partage un effet attributif et cela pouvait paraître logique. L'ouverture de la succession ou la dissolution de la communauté place, en effet, les époux ou leurs héritiers en présence d'une masse qui appartient indivisiblement à tous. Donc lorsque, par l'effet du partage des parts matérielles et distinctes sont substituées à des parts abstraites et indistinctes, chacun des copartageants est censé renoncer aux droits qu'il avait sur la part abstraite du voisin, donc semble lui attribuer pour partie les biens les représentant.

Mais le caractère attributif du partage présentait un grave inconvénient : si une hypothèque était consentie pendant l'indivision par un héritier ou un communiste sur sa part, cette hpothèque continuait à grever les biens mis dans les lots des autres copartageants et ceux-ci à raison de l'indivisibilité de l'hypothèque devaient payer le créancier. Pour cela on abandonna cette théorie pour accorder au partage l'effet déclaratif. Avec ce principe tous les droits établis sur les biens attribués à des copartageants autres que ceux qui ont consenti ces droits disparaissent. La période d'indivision est effacée.

Mais à propos du partage de la communauté une difficulté s'est élevée.

A quelle époque commence l'indivision résultant de la dissolution de la communauté et en conséquence à quelle date doit rétroagir l'effet déclaratif du partage ?

II. Rétroactivité de l'effet déclaratif du partage.

La rétroactivité du partage dépend de la solution donnée à la nature juridique de la communauté.

Dans la doctrine de l'indivision on fait logiquement remonter l'effet déclaratif au jour de l'entrée du bien en communauté. Telle est la solution consacrée par la jurisprudence.

Nous la trouvons affirmée dans l'arrêt *Gacon*, du 28 février 1886 (1) ainsi conçu : « La Cour : sur le premier moyen du pourvoi, vu l'article 883 du Code civil. Attendu qu'il est déclaré en fait par l'arrêt attaqué que les deux fonds entre lesquels les époux Escaille, ont établi un signe apparent de servitude, appartenaient l'un en propre à la dame Escaille, l'autre comme acquêt à la communauté existant entre les époux Escaille; — Attendu que le second de ces fonds a été légué par le sieur Escaille à la dame Gacon en nue-propriété et à la veuve Escaille en usufruit, et que cette dernière a fait à la dame Gacon délivrance du legs dont il s'agit;

« Attendu en droit que cette délivrance qui faisait cesser l'indivision entre la veuve Escaille et la dame Gacon ayants-droit du sieur Escaille, équivaut à un partage; que l'existence de cet acte n'étant pas contestée, peu importe la manière dont il est constaté;

« *Attendu que ce partage a nécessairement produit un effet rétroactif jusqu'au jour où a commencé l'indivision, c'est-à-dire jusqu'au jour où le fonds dont il s'agit est entré dans la communauté existant entre les époux Escaille et non pas seulement jusqu'au jour où la dame Gacon s'est trouvée copropriétaire dudit fonds par le fait de l'ouvertu-*

(1) S. 1887. 1. 218

re de son legs; qu'en effet, ce legs lui conférait tous les droits qui avaient appartenu au sieur Escaille sur la chose léguée sans aucune restriction, ni réserve, y compris le droit de partager l'immeuble acquit de communauté avec effet rétroactif au jour de l'acquisition.

« Attendu dès lors qu'en maintenant comme établie par destination du père de famille une servitude créée entre les deux fonds par les époux Escaille, alors que par l'effet rétroactif du partage, les deux fonds étaient censés n'avoir jamais été réunis dans la même main, l'arrêt attaqué a violé l'article 883 sus-visé... Casse, etc.

A son tour, le 19 mai 1906 (2), la Cour d'Appel d'Aix, rend un arrêt dans lequel elle décide « que la communauté entre époux ne constitue pas une personne civile ayant un patrimoine propre, mais que les époux associés pour la jouissance de tous leurs revenus, conservent la propriété de leurs biens personnels et que cette propriété s'étend même, par l'effet de la rétroactivité, aux biens qui leur seront attribués par le partage, de sorte que ces biens devront être considérés comme leur ayant été toujours personnels, que par suite de cette absence de personne morale et de patrimoine propre, les droits actifs et passifs des époux subsistent après la dissolution... »

Peu de temps après le 6 décembre 1910 (3), dans *l'arrêt Marchand*, la Cour de cassation reprenait incidemment la même idée à propos de la nature juridique des prélèvements. Voyant dans le droit aux reprises une opération préliminaire au partage, elle lui attribuait « l'effet déclaratif qui s'applique au partage de la communauté comme à tout autre partage et qui remonte au jour d'entrée des biens dans la communauté ».

Malgré les résistances opposées par la doctrine actuelle, la jurisprudence persiste dans sa théorie, comme en témoigne l'*arrêt Montagny*, du 15 juillet 1926 (4), rendu dans le

(2) S. 1908. 2. 61.
(3) S. 1914. 1. 293
(4) D. 1927. 2. 129.

même sens par la Cour de Lyon. Pour obtenir le paiement d'une pension alimentaire qui lui avait été allouée au cours d'une instance en séparation de corps, la dame Montagny opéra une saisie réelle sur les immeubles de la communauté non encore liquidée. Son mari fit opposition et le Tribunal de Lyon annula le commandement et la saisie des immeubles de la communauté.

La dame Montagny fit appel pour violation des articles 2205 et 1478 du Code civil, mais la Cour de Lyon confirma le premier jugement. « Attendu que l'article 2205 du Code civil aux termes duquel la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage, doit être étendu aux autres cas d'indivision tels que ceux d'une société ou d'une communauté; que l'application de ce texte à une part indivise dans la communauté entre époux peut s'induire de l'article 1476 qui étend les règles de partage des successions au partage de la communauté. Qu'en effet, la communauté conjugale n'ayant pas la personnalité civile et constituant une masse patrimoniale dont les époux sont copropriétaires avec le mari comme chef, *les biens qui la composent deviennent indivis entre les conjoints en tombant dans le fonds commun et par suite le partage rétroagit à ce moment.* »

La théorie jurisprudentielle est de plus en plus battue en brèche par les juristes contemporains qui admettent la personnalité morale de la communauté; pour eux la position du problème est très simple : le partage ne saurait rétroagir au-delà du jour de la dissolution, la période d'indivision ne commençant qu'à cette date.

SECTION II

Problème de l'application de l'effet déclaratif du partage aux créances communes.

L'effet déclaratif s'applique sans difficulté aux biens corporels. En est-il de même pour les biens incorporels ? En d'autres termes les créances ou les dettes communes se

divisent-elles de plein droit à la dissolution entre les deux conjoints ou leurs successeurs ou bien sont-elles comme les autres biens de la communauté, dans l'indivision ? D'après le droit romain les créances et les dettes se divisaient de plein droit. Pothier était du même avis. Mais en est-il de même sous l'empire de notre Code ? L'article 832 déclarant « qu'il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur » semble pencher pour l'effet déclaratif.

Mais voilà que l'article 1220 paraît bien contredire l'article 832, puisqu'il y est dit que les créances se divisent de plein droit entre les héritiers.

En doctrine les auteurs sont partagés. De même la jurisprudence a longtemps tergiversé et ne s'est pas ralliée aussitôt à la solution qu'elle adopte aujourd'hui.

§ 1. — L'évolution jurisprudentielle concernant l'application de l'article 883 aux créances communes

Dans cette première période la jurisprudence déclare fermement que les *créances communes ne se divisent pas de plein droit* à la dissolution, entre les deux conjoints ou leurs successeurs.

1re PHASE.

Cette phase s'ouvre avec l'*arrêt Sommier*, du 18 juin 1834 (5). Il s'agissait, en l'espèce, d'une liquidation de communauté; un des immeubles communs sur lequel le mari avait consenti une hypothèque après le décès de sa femme, fût licité au profit du créancier. Celui-ci se payant par compensation sur la moitié de l'immeuble appartenant à son débiteur, avait fait des offres réelles de l'autre moitié aux enfants héritiers de leur mère. Mais, aux termes de l'état

(5) S. 1834. I, 733.

liquidatif dûment dressé et homologué, le mari se trouvait n'avoir aucun droit sur la communauté entièrement absorbée par les reprises de la femme. En première instance, les offres de l'adjudicataire furent pour cette raison déclarées insuffisantes; cette décision fût infirmée par un arrêt de la Cour de Paris, mais la Cour Suprême cassa cet arrêt en ces termes :

« ...Attendu qu'aux termes des articles 1476 et 883 combinés, un acte contenant liquidation et partage, soit de communauté, soit de succession, n'étant jamais que déclaratif et non attributif de droits, l'ordre du prix d'un immeuble apartenant à cette communauté qui serait provoqué et même clos avant sa liquidation, ne peut jamais sauf ce qui résulterait de l'autorité de la chose formellement jugée, avoir pour effet de porter atteinte aux droits de propriété qui seront déterminés par ce même acte auxquels ils sont toujours et nécessairement inéxistants; que si par le règlement provisoire de l'ordre poursuivi par Sommier, il a été colloqué comme créancier de Colmbacher père, il ne l'a été en termes positifs que premièrement sur la portion revenant à ce dernier et deuxièmement sous réserve formelle en faveur des héritiers de la femme Colmbacher de leurs droits et actions contre Sommier, pour se faire payer par lui des sommes auxquelles ils auraient droit dans le prix dont il s'agit. Que la liquidation de la communauté ayant attribué aux héritiers de la femme Colmbacher, à titre de reprises et à l'exclusion de Colmbacher père, le prix de l'immeuble qui avait fait la matière de l'ordre, la collocation de Sommier qui n'a jamais pu s'exercer que sur la portion qui aurait appartenue dans ce prix à Colmbacher père, son débiteur, est devenue caduque comme portant sur un prix auquel ce même débiteur n'a jamais eu de droit et, par suite, la compensation que Sommier a prétendue établir de ce prix par lui dû avec sa créance sur Colmbacher père est devenue impossible... Attendu qu'en induisant du jugement rendu le 1er mars 1827 le droit pour Sommier d'être invariablement colloqué sur la moitié du prix par lui dû,

comme présumée devoir revenir à Colmbacher père, son débiteur, tandis qu'aux termes de ce jugement même, sa collocation conditionnellement maintenue ne pouvait être que subordonnée à l'événement du partage et de la liquidation de la communauté... la Cour Royale de Paris a faussement appliqué et violé les articles 1351, 1235, 1476 et 883 du même code... »

Cet arrêt se borne à affirmer l'application de l'article 883. Il en est autrement dans les arrêts du 26 janvier 1837 de la Cour de Cassation (6) et du 22 février 1876 de la Cour de Bourges (7) qui, avant d'établir une solution positive, s'efforcèrent de démontrer, en se fondant sur des considérations de pure exégèse, que les créances communes ne peuvent se diviser de plein droit. « Attendu, dit la Cour de Bourges, que si en vertu des articles 873 et 1220 les créances et les dettes d'une succession se divisent de plein droit et par l'effet de la saisine légale, en autant de parts qu'il y a d'héritiers et si, comme conséquence de ce principe, une jurisprudence d'ailleurs très contestable et susceptible des plus sérieuses objections admet qu'en cas de litige sur une créance ou une dette de la succession, il y a autant d'actions distinctes que d'héritiers, il n'est point démontré que les mêmes règles soient applicables aux dettes et aux créances de la communauté dissoute et non liquidée; — Attendu que si l'article 1476 soumet le partage de la communauté à toutes les règles qui sont établies au titre des successions relativement au partage entre cohéritiers, c'est tout simplement pour tout ce qui concerne les formes et les effets du partage, la garantie qui en résulte, les soultes et licitations d'immeubles quand il y a lieu; — Que l'article 1476 ne fait aucune mention ni de l'article 873 qui règle les obligations antérieures au partage et résultant du seul fait de l'ouverture de la succession, ni de l'article 1220 qui appartient au titre des obliga

(6) S. 1837. 1. 106
(7) S. 1876. 2. 135

tions; — Attendu que, non seulement il n'existe aucune disposition légale, rendant applicables à une communauté indivise les articles 873 et 1220, mais que l'économie générale en matière de partage de la communauté est exclusive de la règle formulée par ces deux textes; — Attendu qu'en ce qui concerne les valeurs actives de la communauté, *il résulte des articles 1468 à 1474, Code civil, qu'elles ne se divisent pas de plein droit entre l'époux et les représentants de l'époux prédécédé du jour de la dissolution de la communauté, mais qu'elles font partie de la masse affectée aux prélèvements respectifs de chacun des époux* et ne deviennent susceptibles de division que lorsque tous les prélèvements étant opérés elles restent intactes dans l'actif net de la succession; — Attendu en ce qui concerne les dettes de la communauté que si l'article 1482 déclare qu'elles sont pour moitié à la charge de chacun des époux ou de leurs héritiers, l'article 1483 ajoute que la femme qui a fait inventaire n'est tenue de ces dettes, même à l'égard des créanciers, qu'à concurrence de son émolument, et l'article 1484 porte que le mari est tenu pour la totalité des dettes de la communauté par lui contractées, sauf le recours contre la femme ou ses héritiers pour la moitié de la dette; qu'il résulte suffisamment de ces derniers textes que par le seul fait de la dissolution de la communauté, les créances et les dettes ne se divisent pas de plein droit en autant de parts distinctes qu'il y a de cointéressés au partage, et que tant que cette communauté n'a pas été partagée et liquidée, la part de chaque époux ou de ses représentants, dans les dites créances ou dettes, restent indéterminées... »

2me PHASE. — *De* 1881 *à* 1893.

Un *revirement de jurisprudence* se produit, et, dès 1881, la Cour de Cassation décide que, en principe, l'article 1220 doit être étendu aux créances de communauté.

Ce revirement fut esquissé par l'arrêt *Blondel* du 7 fé-

vrier 1881 (8), à la suite d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, la Chambre des Requêtes se prononça ainsi : « La Cour : Sur le premier moyen tiré de la violation ou de la fausse application de l'article 1220 et du principe de l'indivisibilité des créances dépendant d'une communauté non liquidée; — Attendu qu'il résulte des termes de l'arrêt attaqué, le sieur Blondel était débiteur envers la communauté Gaudet dissoute par la mort du sieur Gaudet, et non encore liquidée, d'une somme en principal et intérêts de 83.592 f. 85 c., que cette dette était depuis longtemps échue et exigible; que la veuve Gaudet, tant comme ayant été commune en biens avec son défunt mari, que comme sa donataire de la quotité disponible et les cinq enfants Gaudet intimés comme héritiers de leur père, avaient droit à la communauté;

« Attendu que dans ces conditions, c'est justement que l'arrêt attaqué a déclaré recevable l'action en payement intentée par les consorts Gaudet contre Blondel; que s'il est vrai, ainsi que l'a dit l'arrêt, qu'à défaut d'une liquidation et d'un partage qui aient fixé leurs droits et leur aient fait les attributions que ces droits comportaient, ils ne pussent exiger, chacun pour une quotité dès à présent déterminée, le versement entre leurs mains du montant de la créance dépendant de la communauté contre Blondel, toutefois leur qualité de communistes leur donnait intérêt et leur conférait action pour assurer le recouvrement de cette créance; que cette action ne saurait être subordonnée à la liquidation de la communauté, ni paralysée par l'inaction de certains des communistes, sans suspendre indéfiniment le payement des dettes échues et livrer le créancier aux incertitudes que comporte la solvabilité de son débiteur.

Cette jurisprudence fut accentuée encore par *l'arrêt Mathieu* du 18 juille 1883 (9), et par un autre arrêt de la

(8) D. 1881. 1. 425
(9) D. 1884. 5. 143

Cour de Cassation du 17 février 1892 (10) intervenu à la suite d'un arrêt de la Cour de Dijon qui avait appliqué l'effet rétroactif du partage à l'attribution du prix de licitation d'un immeuble de communauté grevé d'hypothèque, au profit d'un créancier de l'un des époux. La Cour de Dijon s'était basée sur ce fait que l'époux débiteur n'avait rien à prendre dans la communauté. La Chambre civile repoussa en termes absolus l'application de l'article 883; attendu que cet article ne vise que le cas où l'adjudication sur licitation a eu lieu au profit de l'un des colicitants; qu'il est donc sans application, quelque soit l'attribution ultérieure du prix, quand l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers qui n'avait antérieurement aucun droit sur les effets qu'il a acquis; que dans ce cas les droits constitués pendant l'indivision subsistent sur les bien licités avec tous les effets juridiques que leur a donnés la convention des parties. »

Cet arrêt n'est que l'application au partage de la communauté du principe admis quelques années auparavant pour tout partage de société, dans l'*arrêt Touzet*, qui fut rendu le 14 décembre 1887 par la Cour de Cassation (11).

3me PHASE. - *De 1893 à l'heure actuelle. Nouveau revirement de jurisprudence.*

Cette troisième période est inaugurée dans l'*arrêt Largeteau* le 18 octobre 1893 (12); la Cour de Cassation revient intégralement à la doctrine de l'arrêt Sommier, comme en témoigne le contenu de cet arrêt : « Attendu, y est-il dit, que la veuve Largeteau agissant tant en son nom personnel qu'en qualité de tutrice de son fils mineur André Largeteau, a assigné le sieur Vallière des Pillières en paiement d'une somme de 2.378 f., 95 c., pour marchandises précédemment livrées à ce dernier par le sieur Largeteau, son

(10) D. P. 1892. 1. 191
(11) D. 1888. 38 P.
(12) S 1894. 1. 353

défunt mari, mais que ni dans son exploit d'assignation, ni dans les conclusions par elle prises, tant devant le Tribunal de commerce de Quimper que devant la Cour d'Appel de Rennes, elle n'a indiqué la part à elle afférente dans cette somme en qualité de femme commune; attendu en effet que la communauté ayant existé entre la dame Largeteau et son défunt mari n'ayant pas encore été liquidée, il était impossible au moment où l'instance a été liée entre les parties, d'apprécier de quelle part la veuve Largeteau devait être ultérieurement attributaire dans la créance de la communauté qui faisait l'objet de ladite instance...

Depuis cet arrêt, la théorie jurisprudentielle n'a pas fléchi, ainsi que sont venus l'attester en 1902, le *jugement Salhorgue* du Tribunal civil de Toul (13), et en 1909, l'*arrêt Milleret* de la Chambre des Requêtes (14). Plus récemment encore, le 2 février 1925 (15), la Cour de Cassation a affirmé la même jurisprudence et prononcé de nouveau l'analogie existant entre le partage de la communauté et le partage des successions.

§ 2. — Conséquences découlant de l'application de l'article 883 aux Créances communes

Comme nous venons de le voir, la jurisprudence actuelle décide que la divisibilité automatique des créances est étrangère à la communauté dissoute. Tant que la liquidation de la communauté n'est pas achevée, chaque copartageant ne peut avoir sur les créances communes que des droits indéterminés, et il ne peut rien faire pour compromettre les droits éventuels des autres copartageants.

De ce principe découlent plusieurs conséquences que la jurisprudence a eues à sanctionner à maintes reprises.

---

(13) D. 1203. 2. 465.
(14) S. 1911. 1. 445.
(15) D. 1226. 1. 57.

I. - Les créances doivent figurer à l'actif de la masse, même si le débiteur est l'un des héritiers de l'époux prémourant et elles ne s'éteignent pas par confusion même pour partie, tant que le partage n'est pas achevé. Cette hypothèse s'est présentée fréquemment devant les tribunaux, c'est celle que nous avons rencontrée dans l'*arrêt Largeteau*, et qui est aussi exposée dans l'*arrêt Defer* du 25 juillet 1923 (16); dans la première affaire le débiteur était un tiers, dans la seconde, c'était l'héritier de l'époux décédé; la Cour de Cassation adopta la même solution pour l'un et l'autre cas. Dans l'espèce du 25 juillet 1923, l'héritier de Maurice Duprez, Charles Duprez, était débiteur envers la communauté d'une somme s'élevant en principal et intérêts à 89.639 f., 60. Il fut procédé au partage de la communauté et de la succession du de cujus entre Charles Duprez et la dame Maurice Defer, Veuve Duprez, légataire de son mari, d'un quart de tous les biens en pleine propriété, et d'un quart en usufruit. A ce double partage étaient présents Lelièvre et Deverloy, créanciers personnels de Charles D. intervenant conformément à l'article 882. Parmi les biens composant la masse active de la communauté, figurait la créance de 89.639 f.; un jugement et un arrêt de la Cour d'Appel d'Amiens ordonnèrent le rapport de cette somme à la masse de la communauté. Le pourvoi intenté par Lelièvre et Deverloy fut repoussé, « Attendu que lorsqu'une communauté ayant existé entre époux se trouve à partager en même temps que la succession de l'un d'eux, on doit d'abord établir la masse active et passive de cette communauté, telle qu'elle était composée au moment de la dissolution, afin d'attribuer s'il y a lieu à la succession la part qui lui revient dans la communauté. »

Après avoir rappelé que l'article 1220 ne s'applique pas aux créances communes, la Cour Suprême en tire la conséquence suivante : quand l'actif d'une communauté dis-

(16) D. 1926. 1. 113.

soute par le mari comprend une créance contre l'héritier de celui-ci, c'est à bon droit que le notaire fait figurer cette créance pour son intégralité dans la masse active de la communauté, et après avoir liquidé les reprises et récompenses de chacun des époux pour dégager l'actif net partageable et la part revenant à la succession du mari fait attribution à l'héritier, jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, d'une somme à prendre sur le montant de la créance qu'il devait à la communauté.

II. — *La validité de cessions faites de sa part dans la créance, par l'un des ayants-droit, est subordonné au résultat du partage.*

La Cour de Cassation adopta cette conséquence logique de sa théorie dans l'arrêt *Milleret* rendu le 13 janvier 1909 (17). Dans cette affaire, les faits se présentaient de la façon suivante : les époux Bocquin-Vicher s'étaient mariés sous le régime de communauté. Au décès de la dame Charles Bocquin-Vicher, seize obligations de la ville de Chambéry, d'une valeur de 500 francs chacune, se trouvaient dans la communauté; le mari survivant en céda huit à la dame Milleret pour se libérer d'une dette de 4.000 f. qu'il avait envers elle. Charles Bocquin, décédé à son tour, le partage de sa succession déclarée vacante et de la communauté de biens, fut ordonné. Les époux Milleret y intervinrent pour demander à opérer avant tout partage le prélèvement des huit obligations, mais les héritiers de la dame Bocquin refusèrent la délivrance des dits titres, et, sur cette contestation, la Cour de Chambéry décida que les époux Milleret ne pouvaient être reconnus propriétaires des huit obligations litigieuses que, tout autant que par l'effet du partage, ces obligations tomberaient dans le lot de la succession Bocquin, leur cédant.

---

(17) S. 1911. 1. 441.

Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes statua dans le même sens :

« Attendu qu'une règle générale de droit et d'équité qui est consacrée par les articles 829, 883, 1474 et 1872 et qui s'impose à tous les prétendants droit à une fraction d'une masse commune, veut qu'aucun d'eux ne puisse, avant que tout actif à distribuer ait été soumis aux règles ordinaires du partage, disposer définitivement et irrévocablement au regard des autres, d'un bien faisant partie de cette masse, que notamment, les droits de chacun des époux sur la communauté dissoute restent incertains à défaut d'une liquidation qui leur ait fait les attributions que ces droits comportaient; que ceci exclut même pour les créances faisant partie de l'actif de la communauté, l'application de l'article 1220 du Code civil, en ce sens que la division de ces créances s'opèrerait de plein droit entre les ayants droit, par la seule survenance de la fin de la communauté, et les rendrait dès ce moment propriétaires incommutables de la moitié d'elles; qu'un tel résultat serait en opposition avec les articles 832 et 1474 du Code civil autant qu'avec l'article 883, qui ne fait aucune distinction entre les divers effets héréditaires; qu'il suit de là que celui auquel un des communistes a cédé une créance faisant partie de la masse à partager, ne peut s'en attribuer la propriété, que si le résultat du partage l'attribue à son cédant... »

III. — *Les saisies-arrêts opérées par les créanciers personnels des époux ou de leurs héritiers sur la part de leur débiteur dans la créance, ne sont valables que si la créance ou une partie de la créance est mise au lot de leur débiteur.*

Cette solution fut admise par la Cour de Cassation dès 1837 (18). Le sieur Lordon, marié sous le régime de communauté réduite aux acquêts, décède sans enfants, laissant à sa veuve l'usufruit de tous ses biens. Celle-ci resta en pos-

(18) Req. 26 janvier 1837; S. 37. 1106.

session de tout ce qui composait la communauté, car il n'y eut alors aucun partage de communauté. Pendant la durée de sa possession, la Veuve Lordon contracta des dettes et laissa perdre au préjudice des communistes les valeurs dépendant de la communauté. A sa mort et avant qu'aucun partage n'eut encore été effectué entre ses héritiers et ceux de son mari, un de ses créanciers personnels, le sieur Loustau, fit saisir, une créance dûe par le sieur Lemesle à la communauté pour la portion de cette créance appartenant à sa débitrice, et ceci sans que les héritiers du sieur Lordon en aient été avertis. Les héritiers du sieur et de la dame Lordon procédèrent à la liquidation et au partage de la communauté, et le résultat du compte dévoila que tous les droits de la veuve dans la communauté se trouvaient absorbés au moyen des valeurs dont elle était tenue envers la masse pour les avoir absorbées ou laissées perdre.

En conséquence, toutes les valeurs qui subsistaient encore, y compris la créance de Lemesle saisie-arrêtée par Loustau, furent attribuées aux héritiers du mari pour former leur part dans la communauté; le partage fut homologué par le jugement du 23 mai 1829.

Les héritiers du sieur Lordon ont demandé la main-levée de la saisie faite entre les mains du sieur Lemesle comme devenue sans objet; la totalité de la créance saisie leur ayant été attribuée, le créancier de la dame Lordon n'y avait aucun droit, par suite de l'effet déclaratif du partage. Le sieur Loustau a combattu cette demande, en soutenant qu'entre les héritiers ou communistes, les créances se divisaient de plein droit, de sorte que, lorsqu'au jour du partage un des héritiers ou communistes avait disposé de la portion qui lui revenait dans une créance, ou, ce qui est pareil, quand un de ses créanciers avait saisie-arrêté cette créance, pour la part qui lui revenait, le partage ultérieur ne pouvait nuire aux effets de cette saisie.

Le jugement du Tribunal de Pointe-à-Pitre et, sur appel, la Cour Royale de la Guadeloupe prononcèrent la nullité de la saisie-arrêt.

Le sieur Loustau se pourvut en cassation en invoquant les articles 870, 873 et 1220 du Code civil. Il prétendit que le partage est nécessaire seulement lorsqu'il s'agit de biens d'une nature telle qu'il faille en faire une estimation préalable pour les partager également, mais non lorsqu'il s'agit de biens incorporels, de créances dont le partage se fait intellectuellement. Les dispositions de l'article 883 ne sont applicables que lorsque le partage réel et conventionnel est nécessaire, et non quand le partage intellectuel et de plein droit s'est produit. Le demandeur en cassation reconnait bien qu'il peut intervenir après le partage intellectuel, un partage réel qui change les bases du premier, mais il ajoute que si, dans l'intervalle, des tiers ont acquis des droits sur les choses qui se sont partagées de plein droit, le partage réel ne peut porter atteinte aux droits de ces tiers parce que ces droits se fondent sur ceux qu'avait le copartageant au moment de leur acquisition.

Malgré ces arguments, la Cour Suprême rejeta le pourvoi en se basant sur l'article 883. Elle déclara que les articles 873 et 1220 ne sauraient être appliqués à la matière : l'article 873 n'a eu pour objet que de régler la part contributive des héritiers dans les dettes de l'hoirie et il est étranger au partage des valeurs actives; l'article 1220, en consacrant, à l'égard des cohéritiers, tant activement que passivement, l'effet de l'obligation divisible n'a en rien gêné le droit qu'ils ont de partager les valeurs actives de la succession, selon les règles contenues au titre du partage, ni modifié les effets du partage, relativement aux créances qui entrent en entier ou dans des proportions inégales, dans les lots des divers cohéritiers.

Nous retrouvons cette solution, affirmée à nouveau par un arrêt de la Cour de Bourges du 22 février 1876 (19).

---

(19) S. 1876. 2. 135.

IV. — *La créance du prix des biens licités, doit rester dans la masse commune, et les droits nés du chef des copartageants sur cette créance, sont subordonnés aux résultats du partage.*

Ceci est conforme à la solution admise en matière successorale par l'*arrêt Chollet-Dumoulin, des Chambres réunies* du 5 décembre 1907 (20).

Bien auparavant, en 1834, l'*arrêt Sommier* (21), avait soutenu la même thèse. En vertu de cet arrêt, l'hypothèque concédée aux créanciers d'un copartageant non attributaire du prix, disparaissait par l'effet déclaratif.

Celui-là était réputé vendeur dans le lot duquel était placée la créance du prix. Les hypothèques constituées par les autres indivisaires sur le bien licité, étaient censées émaner de non-propriétaires.

Par suite du revirement de jurisprudence, qui s'était produit dans la seconde partie du XIX^e^ siècle, la solution avait changé, et nous voyons la Cour de Cassation décider dans l'arrêt Touzet, par exemple, que l'effet déclaratif ne peut se produire que sur ceux des biens que les coindivisaires possèdent en commun au moment du partage, et est inapplicable à ceux antérieurement cédés à des tiers. L'attribution antérieure au partage de la créance du prix reste sans effet sur la situation de l'acquéreur qui demeure l'ayant cause de tous les copartageants et est tenu des hypothèques constituées par chacun d'eux.

Mais la troisième phase apparut et la jurisprudence revient à sa solution première que nous trouvons consacrée encore dans deux arrêts récents : l'arrêt Gallet du 2 février 1925 (22) et l'arrêt Thirard du 2 juillet 1925 (23). Nous reproduirons les principaux attendus de l'arrêt Gallet rendu par la Chambre des requêtes :

(20) S. 1908. 1. 5.
(21) S. 1834. 1. 734.
(22) D. 1926. 1. 57.
(23) D. 1926. 1. 57.

« Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir décidé que la demanderesse n'avait en vertu de son hypothèque légale, aucun droit sur le prix d'un immeuble dépendant de la succession du père de son mari parce que le prix de cet immeuble adjugé par licitation à un tiers avait été attribué dans la liquidation à la mère de son mari. Mais *attendu que sur le prix de l'immeuble indivis, le droit qui en principe appartient à chaque héritier, n'est pas dès le jour de la licitation fixé pour lui définitivement à l'égard de ses cohéritiers, mais reste subordonné au résultat du partage*, que si la créance du prix est dans ce partage attribué tout entier à un de ses cohéritiers, il est réputé rétroactivement n'avoir eu aucun droit sur ce prix, puisque le cohéritier qui en est attributaire est aux termes de l'article 883 « censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot... »

Dans la seconde espèce la Cour de Cassation précise que la licitation ne constitue une opération préliminaire au partage que dans les rapports des cohéritiers entre eux, mais qu'au regard de l'adjudicataire étranger elle doit être considérée comme une vente. Ce dernier, étranger à l'indivision se trouve vis à vis de la cohérie venderesse dans la situation d'un acquéreur ordinaire; il peut donc recourir à la procédure de la purge pour dégrever les immeubles des hypothèques inscrites sans avoir à se préoccuper de leur évanouissement possible par suite de l'application entre copartageants et ayants cause de la règle de l'article 883 du code civil (24).

Appréciation du principe admis par la jurisprudence.

On peut considérer aujourd'hui pour une solution jurisprudentielle bien assise que la divisibilité automatique des créances est étrangère à la communauté dissoute.

---

(24) D. 1926. 1. 57. Note Savatier.

La plupart des auteurs désapprouvent cette jurisprudence (25) et déclarent que l'article 1220 est un texte général et qu'il n'y a aucun motif de ne pas l'appliquer aux créances communes. Ils ajoutent que l'article 1220 doit s'appliquer entre les copartageants et le débiteur : chaque copartageant peut poursuivre le débiteur de la communauté et celui-ci peut payer à chacun des ayants-droit sa part provisoire dans la créance. Ils reconnaissent toutefois que dans les rapports des époux ou de leurs héritiers, la créance reste commune; elle est une valeur de la communauté et doit être comprise dans la masse partageable comme les biens corporels.

Dans une note sous l'arrêt Largeteau (26) Planiol dit que « la non-division de plein droit des créances et des dettes communes méconnait les principes les plus certains du droit, car elle équivaut à admettre, soit la personnalité de la communauté, soit l'existence d'un privilège pour l'un des époux, au préjudice des créanciers de celui qui se trouve débiteur de récompenses envers la communauté... En matière de créances l'absence de division ne peut exister que sous forme de solidarité ou d'indivisibilité, or ni l'une ni l'autre n'a lieu au profit des époux communs en biens... De plus la division des créances s'opère non à la dissolution de la communauté, mais immédiatement. A la dissolution il y a lieu de procéder à un partage pour les choses indivises c'est-à-dire pour les biens en nature; mais les créances contre les tiers n'ont pas besoin d'être partagées, elles sont nées divises... »

Prenant la contre-partie de la théorie de Planiol, nous trouvons la justification rationnelle de la solution jurisprudentielle dans le caractère de personnalité morale de la communauté. C'est la persistance de la personnalité morale de la communauté, après la dissolution, qui exclut l'application de l'article 1220, écrit pour l'indivision.

(25) Baudry-Lacantinerie, le Courtois et Surville II, nº 1138, Planiol, Ripert et Nast t. I nº 821

(26) Note Planiol. D. 1903. 2. 465

SECTION III

Des avantages matrimoniaux résultant plus spécialement des clauses modificatives des règles de la liquidation de la communauté et du partage égal entre époux.

Dans leur contrat de mariage les époux insèrent souvent des clauses qui viennent déroger au principe du partage égal formulé par l'article 1474.

Les clauses insérées le plus fréquemment sont la stipulation de parts inégales, le forfait de communauté, l'attribution de la totalité de la communauté à l'un des époux, le préciput et enfin la clause dite commerciale. Ces diverses stipulations constituent des avantages matrimoniaux c'est-à-dire des enrichissements résultant pour l'un des époux et à l'encontre de l'autre, du jeu des clauses ainsi insérées dans le contrat de mariage.

Sans doute, les clauses établissant le partage inégal de la communauté ne sont pas la source unique des avantages matrimoniaux. Ceux-ci se rencontrent en dehors de cette hypothèse et sont susceptibles de résulter soit directement ou indirectement, soit expressément ou implicitement de la seule structure et du seul fonctionnement du régime matrimonial adopté. De plus si ces avantages sont surtout nombreux en matière de régimes de communauté ils peuvent parfois se rencontrer sous les autres régimes matrimoniaux, aussi leur étude ne rentre pas directement dans notre sujet.

Toutefois, la question de la nature jurique des avantages matrimoniaux a fait l'objet de vives discussions surtout en matière de régimes de communauté et à propos des clauses qui modifient la règle du partage égal, c'est pourquoi nous dirons brièvement quel est l'état de la jurisprudence sur ce point.

I. — On s'est demandé en *doctrine et en jurisprudence si les avantages matrimoniaux devaient être considérés com-*

me des libéralités ou s'ils revêtaient un caractère onéreux. Il est certain que les articles 1516 relatif au préciput et 1525 concernant l'attribution de la communauté à l'un des époux, présentent les avantages matrimoniaux comme revêtus du caractère onéreux. Il en est de même des articles 1496 et 1527 sur les secondes noces. Mais ces textes doivent-ils être interprétés restrictivement ou bien le prinicipe qu'ils consacrent doit-il être étendu à tous les avantages matrimoniaux ? Telle est la question qui se posait en doctrine et en jurisprudence.

La doctrine. — Les premiers représentants de l'Ecole de l'Exégèse ne se sont guère préoccupés de la nature juridique des avantages matrimoniaux, toutefois il ressort de certains commentaires de cette époque que pour eux ces avantages présentent seulement une apparence de gratuité, mais que leur essence profonde est onéreuse.

Avec Pothier apparait la théorie de la fiction; l'idée que l'onérosité des avantages matrimoniaux est une fiction s'accentue encore chez Baudry-Lacantinerie qui commence par poser comme une règle générale que les avantages résultant des conventions matrimoniales sont en principe tenus pour des conventions à titre onéreux et entre associés et non pour des libéralités : « Cette règle générale se demande-t-il ensuite, est-elle l'expression de la vérité ou n'est-elle pas plutôt uné création du législateur ? Il suffit de se référer au texte des articles 1516 et 1525, 2e al., pour constater que les rédacteurs du Code civil emploient des expressions qui dépeignent la fiction. On ne nous dit pas que les avantages résultant des clauses de préciput ou d'attribution de la totalité de la communauté ne sont pas des donations, mais bien qu'ils ne seront pas regardés comme des donations ou réputés tels. En allant en effet au fond des choses et à défaut de la solution donnée par la loi on aurait été amené dans les situations où se manifeste un avantage entre époux à décider que cet avantage n'a pas le caractère de convention à titre onéreux,

mais constitue une libéralité soit directe, soit indirecte (27)

La théorie de la fiction est combattue par la doctrine actuelle qui se complaît malheureusement dans des solutions vagues, indéfinies et fragmentaires. Toutefois la plupart des auteurs se rattachent à l'idée de présomption légale qui n'est d'ailleurs pas très éloignée de la théorie de la fiction : il en est ainsi de MM. Planiol, Ripert et Nast. Si, d'après ces trois auteurs, l'onérosité des avantages matrimoniaux trouve sa justification rationnelle dans la nature même de la société conjugale, elle leur paraît trouver son explication technique dans la notion de présomption légale. La loi présumerait irréfragablement que les avantages matrimoniaux ont une nature onéreuse, comme à l'inverse dans le cas de secondes noces, elle présumerait qu'ils ont une nature de libéralité à l'égard des enfants du premier lit (28).

La jurisprudence. — Quelle fût l'attitude de la jurisprudence en présence de cette diversité d'opinions. Pendant la majeure partie du XIX^e^ siècle il semble bien qu'elle ait consacré la théorie de la fiction. *Jusqu'aux dernières années du siècle en effet elle fit prévaloir une interprétation nettement restrictive sur tous les textes du code favorables à l'onérosité des avantages matrimoniaux*, et elle appliqua une méthode scrupuleusement exégétique (29).

Mais la jurisprudence a aujourd'hui abandonné la théorie de la fiction et fait preuve d'une méthode d'interprétation plus extensive en reconnaissant le caractère onéreux à tous les avantages matrimoniaux, même en dehors d'un texte de loi.

Il en est ainsi depuis l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation du 19 décembre 1890 (30), *l'arrêt Grégoire* relatif à une clause de partage inégal, et l'*arrêt Pely*

---

(27) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville 11. n° 1451
(28) Planiol, tome II n° 968. et S.
(29) Civ. 19 aout 1806. S. 1809. 1,431 et 26 maï 1807. S. 1807. 1. 276
(30) S. 1891. 1. 129; D. H. 1. 417

de la Chambre Civile du 2 août 1899 (31) relatif à une clause d'attribution totale de la communauté, apports compris, au conjoint survivant.

L'*arrêt Grégoire* est ainsi conçu : « La Cour; attendu que la loi, après avoir disposé que les époux peuvent déroger au partage égal établi par elle, en matière de communauté entre époux, et peuvent même stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement, ajoute que cette dernière stipulation ne sera point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, mais simplement une convention de mariage et entre associés; qu'elle autorise seulement en ce dernier cas, par interprétation de la volonté des contractants, les héritiers de l'autre époux à reprendre les apports et capitaux tombés dans la communauté du chef de leur auteur; que, refusant ainsi le caractère de donation à celle des clauses énumérées en l'article 1520, qui est la plus favorable à l'époux survivant, elle l'a, à plus forte raison, dénié aux stipulations qui n'abandonnent à cet époux qu'une partie de la communauté; attendu, en fait que, dans leur contrat de mariage, les époux Grégoire sont convenus que les biens de la communauté établie entre eux, et qui se composaient notamment d'une somme de 6.000 francs prise tant sur l'apport du mari que sur celui de la femme, seraient partagés par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé, et que le survivant conserverait l'usufruit et la jouissance viagère de la moitié revenant aux héritiers du prédécédé, sauf le cas de convol en secondes noces; attendu qu'en admettant que cette stipulation rentrât, comme l'a prétendu l'administration de l'enregistrement, dans une de celles prévues en l'article 1520, et aboutit au partage inégal de la communauté, elle ne saurait en tout cas et dans ce système, avoir le caractère d'une donation, et, par conséquent, être passible du droit proportionnel réclamé par

(31) S. 1900. 1. 233; D. 1901. 1. 433.

l'administrateur; d'où il suit qu'en rejetant sa prétention, le jugement attaqué n'a violé aucun des articles visés par le pourvoi. Par ces motifs rejette... »

L'*arrêt Pety* reproduit aussi l'argumentation tirée de l'article 1525, et elle l'étend à une hypothèse qui n'est pas visée par ce texte : l'article 1525 vise en effet seulement la clause portant attribution de la totalité de la communauté à l'un des époux, en réservant aux héritiers de l'autre époux le droit de faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté, du chef de leur auteur. Or, l'arrêt Pety envisage l'hypothèse d'une clause portant attribution de la totalité de la communauté, apports compris, au conjoint survivant.

« Attendu, dit la Cour, que la faculté que la loi réserve ainsi aux héritiers de l'époux prédécédé (de reprendre ses apports), suppose que le contrat de mariage ne s'est point expliqué à cet égard, et qu'aucune disposition expresse n'a prohibé cette reprise; mais que, dans l'hypothèse d'une prohibition, la clause d'attribution totale de la communauté ne cesse pas d'être une convention matrimoniale, et, par suite, n'est pas réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations; attendu, en fait que, par la clause 7 de leur contrat de mariage, en date du 4 mars 1831, les époux Pety sont convenus que la totalité des biens de la communauté établie entre eux, qui se composaient notamment d'une somme de 6.000 francs, prise tant sur l'apport du mari que sur l'apport de la femme, appartiendrait au survivant des époux, qu'il y eut ou non des enfants issus de leur mariage, excepté dans le cas (qui ne s'est pas réalisé), de la renonciation à la communauté par la future épouse ou par ses héritiers, qu'en décidant que cette clause constitue par elle-même une convention de mariage et entre associés, et non une donation, et qu'il n'y avait pas lieu, dès lors, à l'application de l'article 1094 c. civ., l'arrêt attaqué n'a violé aucun des articles des lois visés au pourvoi; rejette... etc., »

Ces arrêts prouvent que dans l'esprit de la jurisprudence, les avantages matrimoniaux sont des stipulations à titre

onéreux, quelque soit leur importance, pourvu qu'ils résultent d'un régime matrimonial. Cependant, la question a été de nouveau soulevée devant la Cour Suprême, non plus à cause d'une stipulation de parts inégales, mais dans une hypothèse où le régime de communauté légale accepté expressément par les époux avait eu pour résultat dans l'espèce d'enrichir considérablement la femme. Par l'arrêt *Bolo-Muller* du 3 février 1908 (32) la Cour de Cassation confirmant sa jurisprudence antérieure a déclaré que les avantages résultant du régime matrimonial étaient bien des stipulations à titre onéreux et que, quelque fût la différence entre les apports des époux, il n'y avait pas à rechercher si les avantages résultant de la stipulation d'un tel régime procédaient ou non d'une intention libérale de la part du conjoint désavantagé.

II. — Des difficultés se sont élevées, surtout dans ces dernières années, à propos des *clauses de prélèvement à titre onéreux*. Cette catégorie de clauses consiste à stipuler dans le contrat de mariage que l'un des époux, généralement le survivant sera autorisé à prélever un bien de la communauté, moyennant le paiement d'une indemnité à la succession du prédécédé. La clause la plus souvent insérée dans le contrat de mariage est la clause relative à un fonds de commerce ou *clause commerciale*.

A ce sujet il y a deux hypothèses à envisager : ou bien le fonds de commerce est commun, ou bien il est propre à l'époux prédécédé.

1. La *clause appliquée à un fonds de commerce faisant partie de la communauté* a toujours été considérée comme valable et la faculté de prélever ce bien avec ou sans indemnité constitue un avantage matrimonial. Ceci a toujours été admis par la jurisprudence.

« Le droit de propriété du survivant, déclare un arrêt veuve Lecoq, rendu par la Chambre civile de la Cour su-

(32) S. 1913, 1, 516

prême le 7 avril 1856, prend son origine et son titre non dans un contrat consensuel à intervenir avec les héritiers du prémourant, mais dans la clause du contrat de mariage qui lui fait attribution de ce droit pour le cas où la chance aléatoire de survie s'ouvrira en sa faveur » (33).

Dans cet arrêt la jurisprudence s'était prononcée à propos des perceptions fiscales auxquelles peut donner lieu la clause commerciale, depuis elle a statué en matière civile et sur la validité même de la clause et elle a maintenu sa conception (34). La Chambre civile de la Cour de Cassation a eu à se prononcer de nouveau en cette matière et dans son arrêt du 16 décembre 1925 (35) elle a déclaré que la *clause commerciale constitue « une convention de mariage et entre associés. »*

Il est admis en outre que cette clause ne produit d'effet qu'à la dissolution de la communauté, pendant le mariage elle ne peut porter atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté.

Quand le contrat de mariage réserve au survivant des époux la faculté de conserver le fonds de commerce cette clause n'empêche pas le mari de faire l'apport de ce fonds dans une société formée avec un tiers, avec stipulation qu'à son décès son associé deviendra seul propriétaire à charge de payer une certaine somme aux ayants-droit (36).

L'acte accompli par le mari ne pourrait être critiqué par sa femme que s'il a été fait en fraude de ses droits.

2. — *La question de la validité d'une clause portant sur un fonds de commerce propre à l'un des époux a fait l'objet de plus vives discussions.*

Pendant longtemps cette clause a été appliquée par le notariat et consacrée par de nombreux jugements et ar-

---

(33) S. 1856. 1. 358; D. 1. 856. 1. 207
(34) Paris 11 Décembre 1924; D. 25. 2. 39.
(35) D. 1927. 1. 5. Note de M. Capitant
(36) Req. 24 mars 1903. D. 05. 1. 33.

rêts et nous trouvons encore une décision du 7 juillet 1922 où le Tribunal civil de Lyon déclare qu'une clause commerciale peut valablement porter, en tant qu'avantage matrimonial, sur un fonds de commerce propre, parce que, en réalité par le simple effet de l'insertion de la faculté de prélèvement, le fonds de commerce était devenu commun.

Toutefois ce jugement est resté isolé dans notre jurisprudence actuelle et l'on admet depuis un certain nombre d'années que la faculté de prélever un fonds de commerce propre à l'un des époux ne peut constituer un avantage matrimonial, les avantages matrimoniaux ne pouvant affecter les biens propres des époux (37).

Certains auteurs admettent cependant la validité de cette clause dans laquelle ils voient une convention de mariage ou bien une institution contractuelle : c'est le point de vue admis par M. Vignancour (38) qui en tire la conséquence suivante : « avec cette nature juridique, l'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit des biens qui ont fait l'objet de l'institution mais il conserve le droit absolu d'en disposer à titre onéreux. »

Telle est la solution adoptée aussi par M. Nast et consacrée par un jugement du Tribunal civil de la Seine (39) qui reconnût la validité de la convention incriminée.

A côté de cette théorie il en est apparu une autre prônée par M. Capitant, d'abord dans une consultation rendue sous un jugement du Tribunal civil de Rouen le 3 août 1921 (40) puis dans un article inséré dans la *Revue critique* de 1927 (41).

Pour cet auteur, la clause commerciale appliquée à un bien propre revêt nécessairement le caractère d'une promesse conditionnelle de cession faite à titre onéreux. Cette

---

(37) Req. 11 mars 1931. D. 31. 1132.
(38) Vignancour : "Le fonds de commerce dans ses rapports entre époux; thèse 1928"
(39) G. P. 1924. 2. 652.
(40) D. 1923. 2. 21.
(41) Revue critique de 1927. N°s 31 et suiv.

promesse de vente est subordonnée à la condition de survie du conjoint et cette promesse constitue un pacte sur succession future, prohibé par les articles 1130 et 1600 du Code civil, et par conséquent ne saurait être valable.

La Cour de Cassation dans un arrêt du 11 janvier 1933 fortement motivé, l'*arrêt Crémieux*, (42) vient de donner son adhésion à cette dernière thèse et a mis fin à toutes les controverses en frappant de nullité la clause commerciale parce qu'elle constitue un pacte sur succession future.

Cet arrêt vint casser un arrêt de la Cour d'Appel de Paris.

« Vu l'article 1130 du Code civil; attendu que toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte, constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi, encore que celui de la succession duquel il s'agit, y ait consenti; que cette prohibition est formelle et d'ordre public et ne comporte d'autres dérogations que celles qui sont limitativement déterminées par la loi; ..... Attendu que, par l'article 5 du contrat de mariage ci-dessus analysé, *Raphaël Crémieux avait disposé, pour le temps où il n'existerait plus de ses droits dans la Société Crémieux et Cie; qu'une telle stipulation avait pour objet d'attribuer un droit privatif sur une succession non ouverte;* que, du moment que les droits sociaux du mari étaient attribués à la veuve contre versement de leur valeur aux héritiers de celui-ci, donc à titre onéreux, *elle tombait nécessairement sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future; que nulle de plein droit et, par suite, dépourvue de toute existence légale, la clause de l'article 5 susvisé était réputée n'avoir pas été consentie;* qu'ainsi, il ne pouvait en être fait état à quelque titre que ce soit; d'où il suit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la stipulation pour autrui, résultant du

(42) G. 1933. 1. 10; S. 1933. 1. 161.

pacte social était-elle même valable au regard de l'article 1130 Code civil, que l'arrêt attaqué n'a pas justifié légalement sa décision; — Par ces motifs, casse...

Les Tribunaux et Cours d'Appel se sont inclinés devant la décision de principe, et un jugement du Tribunal civil de la Seine du 7 juin 1935 (43) vient de déclarer lui aussi que la clause d'un contrat de mariage, attribuant à titre onéreux au conjoint survivant, le fonds de commerce propre à l'époux prédécédé est nulle, comme constituant un pacte sur succession future...

III. — *Le sort réservé aux avantages matrimoniaux résultant de la communauté légale ou de la communauté conventionnelle en présence d'enfants du premier lit.*

Nous avons dit que les avantages matrimoniaux revêtaient un caractère essentiellement onéreux. Mais la loi est venue apporter une modification à cette règle dans les articles 1496 et 1527, lorsqu'il existe des enfants du premier lit Ces articles accordent, en effet, aux enfants du premier lit l'action en retranchement, lorsque le second conjoint sera bénéficiaire d'un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'art. 1098 au titre des donations entre vifs et des testaments. Bien que ces textes ne le disent pas expressément, il est certain que, tout au moins sur le terrain pratique, le législateur de 1804 a voulu que les avantages matrimoniaux soient traités comme des libéralités à l'égard des enfants du premier lit. Mais cela veut-il dire que les avantages matrimoniaux changent véritablement de nature lorsqu'il y a des enfants du premier lit et au regard de ces derniers ? La majorité de la doctrine et de la jurisprudence semblent l'admettre.

Cependant, nous relevons un arrêt dissident, l'*arrêt Firino*, du 25 février 1891 (44) de la Cour d'Appel de Nancy. Cet arrêt, véritable décision de principe, pose en thèse que

(43) D. H. 1935 p. 16

(44) S. 1893. 2. 65. D. 1891. 2. 353.

les avantages matrimoniaux ne doivent pas être envisagés comme des donations, même en cas de second mariage et à l'égard des enfants du premier lit.

« Attendu, y est-il dit, que la disposition des articles 1496 et 1527, qui permet aux enfants du premier lit d'obtenir, par voie de retranchement, la réduction de l'avantage procuré par leur auteur à son nouveau conjoint, si cet avantage excède celui que l'article 1098 autorise, n'implique pas forcément la preuve que le législateur ait voulu assimiler un tel avantage à une véritable donation...; attendu qu'il ne faut voir, dans le renvoi, que les articles 1496 et 1527 font aux dispositions de l'article 1098, qu'un mot employé par le législateur pour fixer la mesure de ce que le conjoint d'un veuf ou d'une veuve pourra recevoir en sa qualité de commun en biens, et non une transformation quelconque de la nature même du titre de cet époux. »

La Cour de Nancy en déduit que la portion non retranchée des avantages, ne doit pas être imputée sur la quotité disponible qui peut, dès lors, être dévolue en totalité aux légataires universels.

Mais cet arrêt n'eut pas d'échos devant la Cour de Cassation, et dans les *arrêts Laporte* du 17 avril 1907 (45) et *Lévy-Primât* du 25 juin 1912 (46), la Chambre des Requêtes se prononça pour une assimilation très poussée des avantages matrimoniaux aux donations dans l'hypothèse de second mariage. Elle fut suivie dans cette voie par la Chambre civile, qui décida dans *l'arrêt Hauchecorne* du 12 janvier 1915 (47), que les avantages matrimoniaux concédés par un époux à son second conjoint étaient vis-à-vis des enfants d'un premier lit de véritables libéralités auxquelles s'appliquait l'article 922 du Code civil; la Cour suprême ajoutait que ces mêmes avantages qu'ils résultent aussi bien de la communauté légale que de la communauté conventionnelle

(45) S. 1907. 1. 203.
(46) D. 1913. 1. 179.
(47) S. 1917. 1. 434.

ne devaient être considérés comme des conventions à titre onéreux entre époux, que parce qu'ils constituaient de véritables clauses du contrat de société.

Huit ans plus tard, avec *l'arrêt Galichon* du 27 mars 1923 (48), la Chambre civile étendit d'une façon démesurée le champ d'application de l'article 1496, qui est un texte exceptionnel, écrit en faveur seulement des enfants du premier lit.

Apppéciation. — En résumé, les conclusions à tirer de la jurisprudence relative aux avantages matrimoniaux, c'est que la notion d'avantage matrimonial revêt un caractère tantôt onéreux, tantôt gratuit.

Comment expliquer ce dualisme de nature qui apparait comme une contradiction ? Il est impossible de concevoir qu'un même acte puisse ainsi changer de nature par suite de circonstances accidentelles, telles que l'existence d'enfants du premier lit.

La nature des avantages matrimoniaux est liée à celle du régime matrimonial dont ils sont la déduction logique.

Tout régime matrimonial constitue une véritable société et revêt à ce titre un caractère onéreux. Or, l'avantage matrimonial est un bénéfice de la société conjugale, société personnifiée. En conséquence, il revêt forcément comme le régime matrimonial, un caractère essentiellement onéreux.

Mais cette nature onéreuse de l'avantage matrimonial ne disparait-elle pas dans l'hypothèse de secondes noces ? Nullement. Les articles 1496 et 1527 ne déclarent pas en effet que, dans cette hypothèse, les avantages matrimoniaux deviennent des libéralités, ils établissent seulement un système restrictif qui se concilie très rationnellement avec la notion de bénéfice social. Telle est l'idée développée par M. Carbonnier, qui trouve la justification de ce système restrictif dans les notions de société et de personne morale.

---

(48) D. 1923. 1. 161.

« La dissolution du premier mariage, dit-il, entraîne la dissolution de la première société conjugale, mais l'existence d'enfants nés de cette union a pour résultat que l'intérêt collectif du ménage survit à la désagrégation de l'organisme qui le concrétisait. C'est cette coexistence de deux intérêts collectifs rivaux que la loi a prise en considération.. Prolongeant sa personnalité morale, le premier ménage, représenté par les enfants du premier lit, a le droit de suivre au sein du second mariage, l'emploi que l'un de ses anciens membres veut faire des biens lui appartenant, parce que ces biens même acquis postérieurement à la dissolution du premier mariage, sont toujours affectés à la satisfaction du premier intérêt collectif, dans la mesure où il subsiste. »

Les articles 1496 et 1527, en apportant quelques restrictions au système établi par les articles 1526 et 1525, ont été écrits dans l'intérêt des enfants d'un premier mariage. En effet, sans cela, les seconds mariages auraient pu aboutir à dépouiller ces enfants : tout en demeurant sous le couvert de la légalité, l'époux survivant aurait pu accomplir en faveur de son second conjoint, des actes qui auraient constitué de véritables fraudes à la loi.

CONCLUSION

Parvenue au terme de notre étude, il convient, maintenant, de porter un jugement sur l'ensemble de la jurisprudence, relative aux régimes de communauté. Nous avons exposé, en effet, les problèmes les plus discutés que les tribunaux ont eu à trancher depuis 1804, par suite de l'obscurité ou du silence du législateur. De cette étude analytique, il nous reste à dégager, en une courte synthèse, la portée scientifique et pratique, tout à la fois, de l'œuvre jurisprudentielle.

Sans doute, nous n'approuvons pas entièrement toute la jurisprudence relative aux régimes de communauté; sur certains points nous la repoussons même formellement : il en est ainsi, en matière de nature juridique de la communauté par exemple...

Nous avons vu aussi que le juge a fait preuve, parfois, de conceptions par trop exégétiques, d'autres fois, au contraire, tombant dans l'excès exposé, il a rendu des solutions arbitraires. Un autre reproche, qu'on peut aussi lui adresser, c'est d'avoir, très souvent, rendu des décisions concrètes et fragmentaires dont il est bien difficile d'extraire une explication scientifique : c'est le cas de la jurisprudence actuelle sur la nature des reprises.

Malgré tout, il faut reconnaître que les tribunaux ont, le plus souvent, fait œuvre utile dans leur méthode d'interprétation des textes du Code civil relatifs aux régimes de communauté.

En effet, si l'on a pu accuser, parfois, la Cour de Cassation d'interpréter la loi d'une manière trop exégétique, (ainsi en matière de preuve des reprises) il ne faut pas généraliser ce reproche; et il est facile de constater que, dans le domaine des régimes matrimoniaux, plus

peut-être que dans tout autre, le juge a donné beaucoup de souplesse aux textes du Code, en s'inspirant du but social que renferme toute formule législative. De plus le législateur d'une époque ne peut tout prévoir et surtout ne peut légiférer pour l'éternité : des transformations économiques ou sociales se produisent et les lois promulguées antérieurement à ces modifications ne se trouvent plus en harmonie avec ce nouvel état de choses. Ainsi, la fortune mobilière, peu importante en 1804, s'est beaucoup développée au cours du XIXe siècle, de même, sous l'empire de certaines circonstances, le rôle social de la femme s'est considérablement accrû; or, les rédacteurs du Code civil ont, pour ainsi dire, passé sous silence les valeurs mobilières, et ont consacré l'incapacité de la femme mariée. Comment le juge a-t-il suppléé à cette carence de textes ? Il a opté pour la solution la meilleure en faisant appel tant au droit naturel, qu'aux aspirations du milieu social et aux données de la nature permanente de l'homme. Grâce à ce double fondement, le juge a pu rajeunir notre Code dans la mesure où cela pouvait se concilier avec les principes admis par le législateur de 1804. C'est ainsi, qu'il a consacré la théorie des « droits de la personnalité », qu'il a appliqué aux régimes de communauté la notion de fraude à la loi; c'est encore sur cette double base, rationnelle et expérimentale, qu'il a restreint les pouvoirs d'administration du mari sur les biens propres de sa femme, et qu'il a reconnu à celle-ci un véritable rôle en tant qu'associée de la communauté conjugale.

Afin de pourvoir aux exigences de l'évolution juridique qui ne trouvent plus satisfaction dans les textes du Code, la jurisprudence est sortie de plus en plus de son domaine purement interprétatif pour rentrer dans celui de l'élaboration. Sans doute, le juge ne peut faire œuvre de législateur, mais, par la continuité de vues qu'il émet parfois sur un problème donné, il indique dans quel sens on doit réformer une législation existante ou la compléter, il prépare, en quelque sorte, la *lex ferenda*.

Nous avons fait état, au cours de nos développements, de plusieurs lois qui résultent ainsi, plus ou moins directement de la jurisprudence, entre autres *la loi du 13 juillet 1907* relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage; *la loi du 29 avril 1924* sur la preuve des reprises mobilières; *la loi du 13 juillet 1930* sur les assurances...

Et, surtout, ne peut-on pas considérer comme le couronnement d'une longue évolution jurisprudentielle *la loi récente du 18 février 1938* qui vient d'opérer une véritable révolution dans notre droit civil et, en particulier, dans le droit de la famille ? Cette loi supprime les principes de puissance maritale et d'incapacité de la femme mariée formellement inscrits dans notre Code — Or, ces principes, vivement attaqués depuis de nombreuses années par les groupements féministes, n'étaient-ils pas aussi battus en brèche par la jurisprudence depuis près d'un siècle ? Il n'est peut-être pas exagéré d'affirmer, en effet, que, si en théorie la femme mariée était toujours une incapable, et si le mari était toujours « seigneur et maître » de la communauté, en fait, il n'en était plus ainsi depuis longtemps grâce aux atténuations certaines apportées par la jurisprudence et la pratique aux rigueurs du Code civil. nous avons rencontré, au cours de notre étude, un certain nombre de ces dérogations, telles que la théorie du mandat domestique de la femme mariée; la théorie des actes frauduleux du mari; la collaboration de la femme aux opérations effectuées par son mari; etc... Ce ne sont là, sans doute, que des réformes partielles dont le but a été, non pas de supprimer, mais simplement de réduire la *capitis diminutio* de la femme mariée et l'omnipotence du mari. La loi nouvelle revêt un domaine d'application beaucoup plus étendu et vient supprimer cette infériorité de la femme mariée, que les tribunaux avaient atténuée. Mais les initiatives de la jurisprudence, en harmonie avec les théories féministes, ont visiblement inspiré le législateur de 1938 qui, sur ces bases premières, a construit ce monument législatif.

Malheureusement il n'a pas achevé son œuvre et nous allons voir que la situation de la femme mariée, au regard de ses biens, ne se trouve pas déterminée, d'une façon précise par la loi nouvelle. Le législateur de 1938 n'a adopté, en effet, que la première partie du projet de loi déposé sur le bureau du Sénat, le 23 juin 1932, par M. Renoult. Ce projet portait « *modification des textes du Code civil relatif à la capacité de la femme mariée et aux régimes matrimoniaux* ». Or, la seconde partie a été abandonnée momentanément.

La loi nouvelle supprime bien les deux principes de puissance maritale et d'incapacité de la femme mariée, ce qui entraîne les conséquences suivantes :

D'abord *en ce qui concerne la personne de la femme*, le devoir d'obéissance disparaît de notre Code. La femme est libre désormais et elle est aussi libre que son mari. Toutes les contraintes, qu'elle subissait dans l'état antérieur sont évanouies, sous réserve, toutefois, de certaines restrictions qui sont exposées aux articles 213 et 214 nouveaux.

En ce qui concerne les biens, le principe est posé dans l'article 215 : « La femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile. Les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté. ».

D'après l'alinéa 1er de cet article, la femme mariée peut, désormais, accomplir sans autorisation tous les actes qui dérivent de sa capacité civile, que ces actes aient un caractère juridique, administratif ou judiciaire.

Seulement, ce principe subit une restriction importante du fait que les régimes matrimoniaux n'ont pas été modifiés par la loi nouvelle, et on se trouve en présence de contradictions manifestes. Ainsi une femme mariée sous le régime de séparation de biens pourra disposer librement de ses biens mobiliers comme elle l'entendra. Mais en sera-t-il de même de ses immeubles ? L'article 215 semble imposer la solution affirmative, seulement nous voyons surgir l'article 1449 qui n'a pas été abrogé par la loi nou-

velle : or, d'après cet article, la femme séparée de biens qui veut aliéner ses immeubles doit avoir obtenu le consentement de son mari ou l'autorisation de la justice. D'où contradiction : l'interprète se verra dans l'alternative, soit de considérer l'article 1499 comme tacitement abrogé, soit de déclarer l'article 215 inopérant en la matière. Il en sera de même en ce qui concerne la femme dotale pour l'aliénation de ses paraphernaux, l'article 1579 n'étant pas supprimé ou modifié.

Sous le régime de communauté comme, d'ailleurs, sous le régime sans communauté, la situation de la femme au regard de ses biens, n'a pas été modifiée par la loi nouvelle, sous réserve du droit de disposer de la nue-propriété de ses biens propres. La loi du 18 février 1938, n'ayant pas remanié les régimes matrimoniaux, laisse subsister, en effet, les prérogatives très larges reconnues par le Code civil au mari, tant sur la communauté, que sur les biens propres de la femme, comme aussi l'impossibilité pour celle-ci d'engager la communauté sans l'autorisation de son mari.

Nous nous trouvons, en quelque sorte, en présence d'un système boiteux et contradictoire qui donnera certainement lieu à de grandes difficultés d'interprétation : le principe de la capacité civile de la femme mariée est, en effet, proclamé par la loi nouvelle, tandis que le principe de l'incapacité domine les régimes matrimoniaux, en particulier les régimes de communauté. Telle est l'opinion exprimée par M. Renoult dans son rapport au Sénat du 23 juin 1933 (J. off. 1933, ann. 404) : « Nos régimes matrimoniaux, dit-il, et particulièrement le régime de la communauté, ont été organisés en fonction de l'incapacité de la femme. C'est à cause de l'état de subordination de la femme que le mari est « seigneur et maître » de la communauté. C'est encore par suite de sa dépendance que la femme, même séparée de biens, ne peut, par exemple, aliéner ses biens personnels. La réforme, pour être complète, devrait donc s'accompagner d'une modification ou,

tout au moins, d'une mise au point des régimes matrimoniaux, désormais réglementés selon le principe nouveau de la capacité de la femme... Nous reconnaissons, sans peine, que la refonte des régimes matrimoniaux mérite un examen particulier. Cette partie du projet, qui est la plus longue, est aussi la plus délicate. Les textes qui traitent de cette question doivent être examinés de près.. Nous ne voulons pas, d'ailleurs, examiner dès maintenant, en détail, des articles qu'il faudrait presque analyser un par un. Cette seconde partie du projet, en effet, est tout entière dominée et commandée par la première; elle n'en constitue que la suite logique, puisqu'elle vise seulement à réaliser en pratique, dans le jeu normal des régimes matrimoniaux, le principe de la capacité de la femme, qui reste le but unique du projet. C'est d'abord sur ce régime qu'il convient de se prononcer. Lorsqu'on aura supprimé l'incapacité de la femme et défini la portée exacte de la capacité qui doit lui être reconnue, il sera temps d'examiner les répercussions de cette réforme sur les conventions matrimoniales. »

Il est regrettable que le législateur de 1938 ait abandonné la seconde partie du projet, déduction logique de la première partie; mais nous croyons que la réforme des régimes matrimoniaux ne saurait tarder. En présence des difficultés d'appréciation et d'interprétation que suscitera la loi nouvelle, le législateur se verra dans l'obligation de mettre les textes relatifs aux régimes matrimoniaux en harmonie avec les principes nouveaux; c'est à ce moment là seulement que la réforme du 18 février 1938 aura atteint véritablement son but.

VU : *le Doyen*.
A. FERRADOU.

VU : BON A IMPRIMER
Le Président,
J. BONNECASE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Bordeaux, le 23 mai 1938.
Le Recteur de l'Académie,
A. TERRACHER

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs. (Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

BIBLIOGRAPHIE

I. — Ouvrages : Traités et Thèses

ALEXANDRE. — Des modifications à apporter à l'autorité maritale. Thèse Toulouse, 1934.

AUBERY. — La communauté de biens conjugale. Thèse Paris, 1910.

BAUDREZ. — Des limites qu'il convient d'apporter aux pouvoirs du mari. Thèse Paris, 1905.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, t. III, Paris 1922.
— Traité théorique et pratique du droit civil avec la collaboration de divers auteurs.

BERARD. — Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté. Thèse, Paris, 1902.

BONNECASE. — Précis de droit civil. 3 volumes 1934.
— Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie. 6 volumes, 1924-1935.
— Mariage et régimes matrimoniaux. Leur réforme récente : la loi du 18 février 1838
— La réforme de la communauté légale et les enseignements de la pratique. — Revue trimestrielle 1911.

BRUN. — Les droits d'auteurs dans les différents régimes matrimoniaux. Thèse Paris 1911.

CARBONNIER. — Le régime matrimonial. Thèse Bordeaux, 1932.

CHAVANNE. — De la réversibilité des rentes viagères entre époux communs en biens. Thèse Lyon 1905.

COQUELLE. — Des droits de la femme sur les biens communs. Thèse. Paris 1908.

FABRE. — De l'office ministériel au point de vue du régime matrimonial. Paris 1921.

FARGEAUD. — De la preuve des reprises mobilières sous le régime de communauté. Thèse, Paris, 1925.

GOUDINAU. — Du partage de la communauté. Thèse. Paris, 1859.

GUIBAL. — Les reprises mobilières de la femme sous les régimes de communauté conventionnelle et la loi du 29 avril 1924. Thèse, Montpellier, 1929.

GUIZARD. — De la réforme de notre régime matrimonial légal. Thèse: Montpellier, 1928.

HAY. — Etude de jurisprudence sur l'obligation aux dettes à la dissolution de la communauté. Thèse, Rennes. 1923.

LAFONT. — Du caractère général de certaines dispositions du régime de biens entre époux. Thèse. Lyon, 1903.

LE GUENEDAL. — Des droits et pouvoirs du mari sur les biens mobiliers de la femme dans le régime de la communauté. Thèse. Bordeaux, 1912.

LE THIEUR. — De la liquidation de la communauté après l'acceptation. Thèse. Bordeaux, 1900.

MARIGNAN. — Origines et développement de la théorie des récompenses en matière de communauté légale. Thèse. Paris, 1895.

MAURANDI. — Recherches sur le problème de l'administration des biens de la femme mariée. Thèse. Montpellier, 1937.

PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français. Paris, 1925-1932. Tome VIIII et IX : les régimes matrimoniaux avec la collaboration de Nast, Paris, 1927.

PRIEUR. — Les assurances sur la vie et les rentes viagères. Thèse. Paris, 1903.

RAYNAL. — Etude des prélèvements dans le régime de la communauté légale. Thèse. Paris, 1930.

TUMERELLE. .. Des dettes contractées dans l'intérêt du ménage sous les régimes de communauté. Thèse. Paris, 1935.

VIGNANCOUR. — Le fonds de commerce dans les rapports entre époux. Thèse 1928.

2. — Jurisprudence

DALLOZ. — Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence.
Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (D).
— Recueil hebdomadaire de jurisprudence (D H).

SIREY. — Recueil généal des lois et arrêts (S).
Gazette du Palais.
Recueil de la Gazette des tribunaux.
Revue trimestrielle de droit civil.

TABLE DES MATIERES

Introduction 6

Chapitre premier. — L'œuvre de la jurisprudence en matière de composition active de la communauté 9

Section I. — La propriété littéraire ou artistique 11
§ I. — La doctrine 11
§ II. — La jurisprudence 13

Section II. — Les offices ministériels 24
§ I. — Position du problème 24
§ II. — Solutions relatives à la nature juridique de l'office ministériel 26
§ III. — Effets d'une clause du contrat de mariage excluant l'office de la communauté 32

Section III. — Rentes viagères et assurances sur la vie 34
§ I. Rentes viagères 34
§ II. — Assurance sur la vie 40

Section IV. — Les indemnités en réparation d'un préjudice causé à l'un des époux 46
§ I. — L'indemnité 46
§ II. — L'action en réparation d'un préjudice causé 49

Chapitre II. — L'œuvre de la jurisprudence en matière d'administration de la communauté et des biens propres des époux. 52

Section I. — Administration des biens communs 52
§ I. — Pouvoirs du mari sur les biens de la communauté 52
§ II. — Pouvoirs de la femme sur les biens de la communauté. 70

Section II. — Administration des biens propres de la femme 77
§ I. — Etendue des pouvoirs du mari sur la fortune mobilière de sa femme 80
§ II. — La notion d'acte d'administration appliquée aux pouvoirs du mari sur les biens propres de sa femme 81

Chapitre III. — L'œuvre de la jurisprudence en matière de liquidation de la communauté 95

Section I. — Preuve des reprises mobilières 95
§ I. — La preuve entre époux des reprises mobilières 97
§ II. — La preuve des reprises mobilières dans les rapports des époux avec les tiers 102
§ III. — La réforme du 29 avril 1924 115

Section II. — Nature des prélèvements exercés par la femme pour cause de reprises 117
§ I. — Thèse de la femme exerçant ses prélèvements à titre de propriétaire 118
§ II. — Thèse de la femme créancière de ses reprises 123
§ III. — Conséquences d'ordre pratique et d'ordre scientifique découlant de la jurisprudence de l'arrêt Moinet 129
§ IV. — Essai de synthèse entre les notions de propriété ou de copropriété et la notion de créance 138

Section III. — Assiette de l'hypothèque légale de la femme commune en biens. 145
§ I. — Cas de renonciation de la femme à la communauté : existence de l'hypothèque sur les conquêts de communauté. ..148
§ II. — Cas d'acceptation de la communauté par la femme : inexistence de l'hypothèque sur les conquêts de communauté 148
§ III. — Appréciation de la jurisprudence relative à la question de l'existence de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts de communauté 149

Chapitre IV. — L'œuvre de la jurisprudence en matière de partage de la communauté 152

Section I. — Effets de partage 153

Section II. — Problème de l'application de l'effet déclaratif du partage aux créances communes 156
§ I. — L'évolution jurisprudentielle concernant l'application de l'article 883 aux créances communes 157
§ II. — Conséquences découlant de l'application de l'article 883 aux créances communes..... 163

Section III. — Des avantages matrimoniaux résultant plus spécialement des clauses modificatives des règles de la liquidation de la communauté et du partage égal entre époux 172

Conclusion 363

IMPRIMERIE DE L'ARGONNE, 80 bis, cours de l'Argonne - BORDEAUX

Section III. — Assiette de l'hypothèque légale de la femme commune en biens. 145
§ I. — Cas de renonciation de la femme à la communauté : existence de l'hypothèque sur les conquêts de communauté. ..148
§ II. — Cas d'acceptation de la communauté par la femme : inexistence de l'hypothèque sur les conquêts de communauté 148
§ III. — Appréciation de la jurisprudence relative à la question de l'existence de l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts de communauté 149

Chapitre IV. — L'œuvre de la jurisprudence en matière de partage de la communauté 152

Section I. — Effets de partage 153

Section II. — Problème de l'application de l'effet déclaratif du partage aux créances communes 156
§ I. — L'évolution jurisprudentielle concernant l'application de l'article 883 aux créances communes 157
§ II. — Conséquences découlant de l'application de l'article 883 aux créances communes..... 163

Section III. — Des avantages matrimoniaux résultant plus spécialement des clauses modificatives des règles de la liquidation de la communauté et du partage égal entre époux 172

Conclusion 363

IMPRIMERIE DE L'ARGONNE, 80 bis, cours de l'Argonne - BORDEAUX